

Faculté de droit de  
Paris. Thèse pour le  
doctorat... [Droit romain  
: "de Inofficioso  
testamento". Droit  
français : de la [...]

Laguerre, Léon. Faculté de droit de Paris. Thèse pour le doctorat... [Droit romain : "de Inofficioso testamento". Droit français : de la Révocation des testaments et de leur caducité] par Léon Laguerre,..... 1859.

1/ Les contenus accessibles sur le site Gallica sont pour la plupart des reproductions numériques d'oeuvres tombées dans le domaine public provenant des collections de la BnF. Leur réutilisation s'inscrit dans le cadre de la loi n°78-753 du 17 juillet 1978 :

\*La réutilisation non commerciale de ces contenus est libre et gratuite dans le respect de la législation en vigueur et notamment du maintien de la mention de source.

\*La réutilisation commerciale de ces contenus est payante et fait l'objet d'une licence. Est entendue par réutilisation commerciale la revente de contenus sous forme de produits élaborés ou de fourniture de service.

Cliquer [ici](#) pour accéder aux tarifs et à la licence

2/ Les contenus de Gallica sont la propriété de la BnF au sens de l'article L.2112-1 du code général de la propriété des personnes publiques.

3/ Quelques contenus sont soumis à un régime de réutilisation particulier. Il s'agit :

\*des reproductions de documents protégés par un droit d'auteur appartenant à un tiers. Ces documents ne peuvent être réutilisés, sauf dans le cadre de la copie privée, sans l'autorisation préalable du titulaire des droits.

\*des reproductions de documents conservés dans les bibliothèques ou autres institutions partenaires. Ceux-ci sont signalés par la mention Source gallica.BnF.fr / Bibliothèque municipale de ... (ou autre partenaire). L'utilisateur est invité à s'informer auprès de ces bibliothèques de leurs conditions de réutilisation.

4/ Gallica constitue une base de données, dont la BnF est le producteur, protégée au sens des articles L341-1 et suivants du code de la propriété intellectuelle.

5/ Les présentes conditions d'utilisation des contenus de Gallica sont régies par la loi française. En cas de réutilisation prévue dans un autre pays, il appartient à chaque utilisateur de vérifier la conformité de son projet avec le droit de ce pays.

6/ L'utilisateur s'engage à respecter les présentes conditions d'utilisation ainsi que la législation en vigueur, notamment en matière de propriété intellectuelle. En cas de non respect de ces dispositions, il est notamment passible d'une amende prévue par la loi du 17 juillet 1978.

7/ Pour obtenir un document de Gallica en haute définition, contacter [reutilisation@bnf.fr](mailto:reutilisation@bnf.fr).

INVENTAIRE  
F38.124

AGULTÉ DE DROIT DE PARIS

THÈSE  
POUR LE DOCTORAT

SOUTENUE

PAR

LÉON LAGUERRE

PARIS

IMPRIMERIE BÉNARD ET C<sup>o</sup>

2, RUE DANIELLE, COUR DES MIRACLES.

—  
1859



FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

---

# THÈSE

## POUR LE DOCTORAT

---

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS

*Sera soutenu le Jeudi 23 Juin 1859*

à 8 heures du matin

PAR LÉON LAGUERRE

Né à Paris

---

PRÉSIDENT: M. PELLAT, DOYEN.

SUFFRAGANTS	}	MM. VALETTE,	}	PROFESSEURS
		DURANTON,		
		DEMANGEAT,	}	SUPPLÉANTS
		LABBÉ.		

Le Candidat répondra en outre aux questions qui lui seront faites sur les autres matières de l'enseignement.

---

PARIS

IMPRIMERIE BÉNARD ET COMPAGNIE

RUE D'AMÉLIE, 2

1859

38124

**A M. LE DOCTEUR LAGUERRE**

**Hommage de Reconnaissance**

---

©

# **DROIT ROMAIN**

---

## **DE INOFFICIOSO TESTAMENTO**

(*Dig.*, Livre V, Titre II)

---

# **DROIT FRANÇAIS**

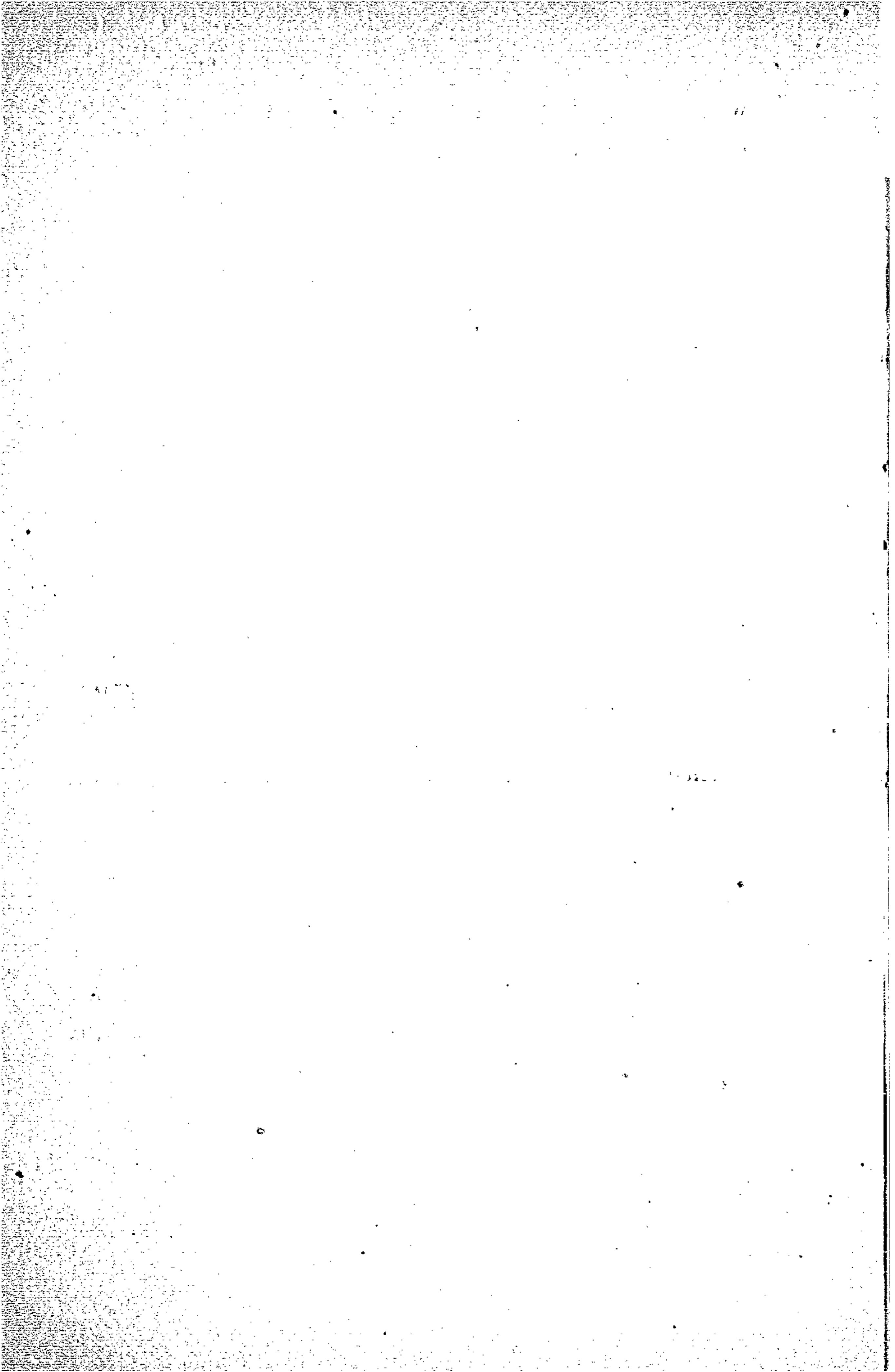
---

## **DE LA RÉVOCATION DES TESTAMENTS**

**ET DE LEUR CADUCITÉ**

(Code Napoléon. -- Art. 1035 — 1047)

---





# DROIT ROMAIN

---

## DE INOFFICIOSO TESTAMENTO

(*Dig.*, Livre V, Titre 2.)

---

### INTRODUCTION

CE QUE C'EST QUE LE TESTAMENT INOFFICIEUX. — ORIGINE DE LA PLAINTE  
OU ACTION DITE : *querela testamenti inofficiosi*. —  
NATURE DE CETTE ACTION.

---

Nous nous proposons d'étudier les principes et de développer les règles du droit romain touchant la matière de la rescision des testaments pour cause d'inofficiosité. Nous avons donc à nous demander tout d'abord ce que les Romains entendaient par testament inofficieux, *testamentum inofficiosum*, et à rechercher quelle est l'origine et quelle est la nature de la plainte ou action connue sous le nom de *querela testamenti inofficiosi*.

« Le testament inofficieux, dit très-bien M. Du Caurroy, est un « testament régulier, contre lequel ne s'élève aucun reproche légal, « mais qui blesse les sentiments de la nature (1). »

A cette définition nous ajouterons celle que nous donne le jurisconsulte Paul dans ses *Sentences* : « *Inofficiosum dicitur testamentum quod, frustra liberis exheredatis, non ex officio pietatis videtur esse conscriptum* (2). »

Ainsi, le testateur a méconnu les devoirs de l'affection, de la piété entre parents. Peu importe que son testament soit conforme à toutes les règles que prescrit, soit le droit civil, soit le droit prétorien; ce testament pourra être rescindé.

(1) M. Du Caurroy, t. I<sup>er</sup>, n<sup>o</sup> 646.

(2) Paul., *Sent.*, l. iv, t. v, § 1<sup>er</sup>.

En d'autres termes, le testateur ayant exclu de sa succession, sans motifs légitimes, ses descendants ou ascendants, ses frères ou sœurs, c'est-à-dire certaines personnes que la proche parenté et le lien du sang lui faisaient un devoir d'appeler à son hérité, son testament pourra être attaqué, et si la nullité en est prononcée, l'hérité testamentaire tombant, le défunt sera mort intestat.

Il n'est plus contesté aujourd'hui que ce droit d'attaquer et de faire rescinder les testaments reconnus inofficieux n'ait été l'œuvre des jurisconsultes. C'est à tort que Cujas donne pour origine à ce droit, à l'introduction de la *querela testamenti inofficiosi*, une certaine loi, la loi *Glitia*. Cujas argumente de la rubrique de la loi 4, au *Digeste*, au titre *De inofficioso testamento*, qui porte : « Gaius — libro « singulari ad legem Glitiam. — Fragment extrait du commentaire de Gaius sur la loi Glitia. » Mais cette loi, en supposant qu'elle ait existé, n'est connue que par ce passage des *Pandectes*. Il n'en est parlé nulle autre part. Aussi sommes-nous porté à croire que la rubrique dont il s'agit cache, soit une erreur, soit une altération de texte. D'ailleurs, l'idée d'une loi, comme origine de la *querela*, ne cadre pas avec les expressions que nous rencontrons dans cette matière. La loi prescrit et ordonne; elle n'a jamais recours à la fiction ni au raisonnement. Or la base de la *querela testamenti inofficiosi* n'est autre chose qu'une fiction, fiction qui consiste en ce que le testateur est censé n'avoir pas eu sa raison. « Quia plerum-  
« què parentes sine causa liberos suos exheredant vel omittunt, » dit Justinien dans ses *Institutes* (1), « INDUCTUM EST ut de inoffi-  
« cioso testamento agere possint liberi, qui queruntur aut inique se  
« exheredatos, aut inique præteritos. » Ces mots *inductum est* impliquent évidemment l'idée d'un raisonnement, d'une induction; et Justinien ajoute : « hoc colore, » sous ce prétexte. Pour arriver à faire prononcer la nullité du testament, on est obligé de recourir à un prétexte, à un motif plus ou moins plausible. On suppose que le testateur n'était pas parfaitement sain d'esprit : « Hoc colore quasi  
« non sanæ mentis fuerint, cum testamentum ordinarent (2). » Marcien avait dit pareillement : « Hoc colore inofficioso testamento

(1) Liv. I, t. XVIII, principium.

(2) *Inst.*, lib. II, t. XVIII, pr.

« agitur, quasi non sanæ, mentis fuerint, ut testamentum ordinarent (1). » Enfin le jurisconsulte Marcellus avait exprimé la même pensée dans ces termes : « Resque illo colore defenditur apud iudicem, ut videatur ille quasi non sanæ mentis fuisse, cum testamentum inique ordinaret (2). » On le voit, ce n'est là qu'un prétexte ; car il est évident que si le testateur était réellement fou, le testament serait nul, *non jure factum*, et alors les règles à appliquer ne seraient pas celles de la *querela* (3).

Signalons ici les différences importantes qui existent entre le cas où il y a folie véritable du testateur, et celui où il n'y a qu'une fiction de démence.

1° Si le testateur est fou, son testament est nul, et ses héritiers peuvent l'attaquer.

Au contraire, quand il ne s'agit, comme dans la *querela*, que d'une fiction de folie, si ceux qui ont le droit de se plaindre, c'est-à-dire les légitimaires, les héritiers ayant droit à la légitime, viennent à mourir avant d'avoir intenté l'action, cette action ne passera pas à leurs héritiers. Le testament serait *rectè factum* ; il devrait recevoir son exécution.

2° Pour attaquer le testament d'un fou, il n'y a pas de délai fatal. Mais la *querela testamenti inofficiosi* doit être intentée dans un certain délai, passé lequel il y a déchéance du droit.

3° Le testament d'un fou ne rompt pas le testament précédemment fait en état de raison.

Au contraire, si nous supposons une personne qui a fait un premier testament, puis un second susceptible d'être rescindé pour cause d'inofficiosité, ce second testament, quoi qu'il arrive, rompra nécessairement le premier ; car il est *jure factum*. Peu importe que les légitimaires usent ou non du droit d'intenter la *querela* ; il y aura toujours rupture (4).

Concluons de tout ce qui précède que ce n'est pas une loi qui a établi la *querela testamenti inofficiosi*, ce droit de se plaindre et de

(1) Loi 2, D., *De inoff. test.* (V. 2.)

(2) Loi 3, D., *De inoff. test.* (V. 2.)

(3) Leçon de M. Demangeat, du 18 juin 1857. — Leçon de M. Machelard, du même jour.

(4) Leçon de M. Machelard, du 18 juin 1857.

faire tomber le testament contraire à la piété de famille. Cette *querela* est l'œuvre des jurisconsultes. Ce sont eux qui, voulant venir au secours de certains parents injustement exhéredés ou omis, sont arrivés à dire qu'un pareil testament pourrait être rescindé.

Déjà les jurisconsultes romains avaient fait un premier pas dans cette voie, qui tendait à adoucir la rigueur de la loi des Douze Tables. Cette loi, en effet, par sa disposition restée célèbre: « *Uti legassit super pecunia tutelave suæ rei, ita jus esto.* » avait laissé au père de famille une latitude illimitée quant à la disposition de ses biens. Or, un tel pouvoir avait nécessairement engendré de graves abus, puisque, au mépris des liens du sang les plus sacrés, le *pater familias* pouvait transmettre à des étrangers, *extraneis heredibus*, la totalité de son patrimoine. C'est pourquoi les jurisconsultes, imaginant une sorte de copropriété du patrimoine entre les membres de la même famille, du vivant même du père, établirent-ils en principe que si le père n'avait pas institué pour héritiers les enfants soumis à sa puissance, son testament ne vaudrait qu'autant qu'il les aurait formellement exhéredés; leur pensée étant que, pour empêcher l'hérédité de rester aux enfants qui l'ont déjà, il fallait au moins que le père de famille les en dépouillât expressément. Aussi, à défaut d'institution ou d'exhéredation du fils, le testament était nul. S'agissait-il des filles ou des petits-enfants, le défaut d'institution ou d'exhéredation n'entraînait pas la nullité du testament. Les filles ou petits-enfants avaient le *jus ad crescendi ad certam portionem*, c'est-à-dire le droit de concourir pour une portion déterminée avec les héritiers institués. De même, pour les enfants émancipés, le préteur leur accordait, en cas d'omission, la *bonorum possessio contra tabulas*. Voilà quelle fut la première restriction apportée au pouvoir, d'abord illimité, du père de famille. Les jurisconsultes avaient pensé que celui-ci n'aurait pas toujours le courage d'exhéreder ses enfants (1).

Mais ce n'était là qu'une gêne, qu'une formalité imposée au père de famille. Cette formalité une fois remplie, celui-ci rentrait dans toute la plénitude et dans toute la rigueur de son droit.

D'un autre côté, ce n'était qu'à l'égard du père et des ascendants

(1) Leçon de M. Demangeat, du 18 juin 1857.

ayant la puissance paternelle qu'était imposée cette nécessité de l'exhérédation. S'il s'agissait de la mère ou de l'aïeul maternel, comme alors il ne pouvait plus être question ni de puissance paternelle, ni de fiction de copropriété, le silence de la mère équivalait à l'exhérédation. En conséquence, le testament de la mère ou de l'aïeul maternel était valable, malgré la prétérition.

En résumé, le père dépouillait ses enfants en les exhérédant; quant à la mère, il lui suffisait de les passer sous silence.

Les jurisconsultes jugèrent donc qu'il fallait faire un pas de plus dans la voie où ils étaient entrés. Ils ne voulurent pas que l'exhérédation ou l'omission fût injuste, *iniqua*, qu'elle blessât l'*officium pietatis*; et, pour le cas où il en serait ainsi, ils admirent certains héritiers légitimes du défunt à se plaindre et à faire rescinder le testament. De là l'origine de la *querela testamenti inofficiosi*.

On ne sait pas exactement à quelle époque fut introduite par la jurisprudence la *querela testamenti inofficiosi*. Cicéron parle déjà d'un testament inofficieux : « Jure, legibus, auctoritate omnium qui consulebantur, testamentum P. Annius fecerat, non improbum, non inofficiosum, non inhumanum... — Conforme au droit civil, aux lois, à l'autorité des jurisconsultes était le testament de P. Annius; il n'offrait rien qui blessât la probité, la nature, la société (1)... » Valère-Maxime, qui écrivait sous le règne de Tibère, nous apprend que la *querela* existait du temps de Pompée, et il cite plusieurs exemples de testaments annulés comme inofficieux (2).

Par l'effet de la *querela testamenti inofficiosi*, le testament étant rescindé et l'hérédité testamentaire tombant, la succession s'ouvrira ab intestat. Par conséquent, au fond de la *querela*, il n'y a pas autre chose qu'une pétition d'hérédité, qu'une revendication de la succession par les légitimaires. Que font, en effet, les héritiers légitimes exclus sans motifs de la succession du défunt? Ils font à peu près ce que fait l'héritier véritable à l'égard d'un tiers qui s'est emparé de la succession. L'héritier véritable revendique la qualité d'héritier. De même, l'héritier légitime, lorsqu'il intente

(1) Cicéron, *Deuxième harangue contre Verrès*, § 42.

(2) Valère-Maxime, *Dictorum factorumque memorabilium*, l. vii, chap. 7.

la *querela* contre l'héritier institué, qui a fait adition et qui a pris possession, soutient que le testament est inofficieux et comme tel non avenu; que c'est lui, l'héritier légitime, qui a droit à la succession. En un mot, il méconnaît le titre de l'héritier institué, et il revendique la succession pour lui-même. Donc, à ce point de vue, la *querela testamenti inofficiosi* est une espèce de pétition d'hérédité.

Mais, à un autre point de vue, la *querela* est assimilée à l'*actio injuriarum*. En effet, on considère le défunt comme ayant fait une injure à ce proche parent qu'il a exhéredé injustement, et alors la *querela* que ce proche parent intente empruntera certains caractères à l'action d'injures.

Ainsi, le but unique que l'on veut atteindre par la *querela* n'est pas la revendication de l'hérédité; on se propose, en outre, de montrer que l'exclusion était imméritée et qu'elle constitue une injure (1).

Nous disons que la *querela* est une sorte de pétition d'hérédité, mais non la véritable pétition d'hérédité. En effet, si elle était telle, il faudrait appliquer les règles ordinaires en pareil cas, c'est-à-dire que les légitimaires pourraient immédiatement et toujours revendiquer l'hérédité contre les héritiers institués. Or, il n'en est pas ainsi. Les légitimaires ne jouissent pas ici d'une action perpétuelle. Comme action d'injures, la *querela* était limitée dans son exercice quant au délai, et elle ne se transmettait pas en règle générale aux héritiers du légitimaire (2).

Au surplus, nous développerons plus loin ces différents principes.

Nous diviserons notre sujet en quatre parties.

Dans une première partie, nous traiterons :

- 1° Des personnes qui peuvent intenter la *querela inofficiosi testamenti*;
- 2° De l'ordre dans lequel cette action s'exerce;
- 3° De la dévolution de la *querela*;
- 4° Et des personnes contre lesquelles s'intente cette action.

(1) Leçon de M. Demangeat, du 18 juin 1857.

(2) Leçon de M. Machelard, du 18 juin 1857.

Dans une seconde partie, nous étudierons les conditions auxquelles la *querela* est soumise.

A ce sujet, nous traiterons spécialement de la légitime, et nous dirons :

- 1° Quelle est la quotité de biens qui la constitue ;
- 2° Quelles sont les opérations qu'il faut faire pour la calculer ;
- 3° Et ce qui arrive lorsque le testateur n'a pas laissé de légitime aux héritiers du sang, ou lorsqu'il ne leur a laissé qu'une légitime incomplète.

La troisième partie aura pour objet les effets de la *querela*.

Préalablement nous rechercherons dans quelle limite et pour quelle part les légitimaires peuvent intenter cette action.

Dans la quatrième et dernière partie, nous étudierons les différents modes d'extinction de la *querela*.

Enfin, dans un Appendice, nous résumerons les innovations apportées en cette matière par les *Novelles* de Justinien.

---

## PREMIÈRE PARTIE

---

### CHAPITRE PREMIER

DES PERSONNES QUI PEUVENT INTENTER LA *querela inofficiosi testamenti*.

Au point de vue le plus général, la *querela inofficiosi testamenti* appartient aux enfants et descendants, aux ascendants et aux frères et sœurs, à ces derniers sous certaines restrictions.

#### § 1<sup>er</sup>.

ENFANTS ET DESCENDANTS.

Les enfants et descendants ont droit à la *querela inofficiosi testamenti* de la même manière qu'ils ont droit à la succession *ab intestat*.

Ils ont droit à l'hérédité des ascendants mâles, soit d'après

le droit civil, soit d'après le droit prétorien, soit d'après les constitutions impériales, soit enfin d'après les *Novelles*.

Mais, quelle que soit la base de leur vocation, ils peuvent, lorsqu'ils réunissent en leur personne les conditions voulues, attaquer le testament du *de cuius* comme inofficieux.

Ainsi la *querela inofficiosi testamenti* appartient aux héritiers siens appelés en vertu de la loi des Douze Tables.

En vertu du droit prétorien, les enfants et descendants sont appelés à succéder, ab intestat, dans plusieurs cas qui peuvent se ramener aux deux suivants :

1° Lorsque, ayant été placés sous la puissance du testateur, ils en sont sortis par l'émancipation ;

2° Lorsqu'ils n'ont jamais été sous cette puissance

La première de ces deux hypothèses se comprend d'elle-même.

Quant à la seconde, on peut en donner les exemples suivants :

Un père émancipe son fils. Postérieurement à son émancipation, un enfant est conçu et naît de ce dernier. Si, à l'époque de la mort de l'aïeul, le petit-fils n'est pas précédé par son père, il recueillera la succession de l'émancipateur en vertu de la *bonorum possessio undè liberi*. Sans doute il n'a jamais été placé sous sa puissance. Mais comme, aux yeux du droit prétorien, la petite *capitis deminutio* de son père est non avenue, ce petit-fils est considéré comme faisant partie de la famille de son aïeul, et la même raison qui lui confère la qualité de *bonorum possessor* l'investit du droit d'exercer la *querela*.

Un homme émancipe son fils en retenant sous sa puissance son petit-fils. L'émancipé n'a jamais eu la puissance paternelle sur la personne de son enfant resté dans la famille de l'ascendant émancipateur. Néanmoins, le petit-fils est appelé par le préteur à la succession de l'émancipé au moyen de la *bonorum possessio undè liberi*, et par conséquent, il pourra faire tomber le testament de son père en l'attaquant comme inofficieux.

Les enfants et descendants ne sont pas toujours appelés à la succession de l'ascendant mâle dans l'ordre *undè liberi*. Il peut se faire que le préteur les appelle dans l'ordre *undè cognati*, et alors il y a lieu de se demander si, dans cet ordre-là, ils ont droit à la *querela*.



La question se présente tout d'abord pour les enfants donnés en adoption, qui sont encore *in adoptivâ familiâ* lors du décès de leur père naturel, soit qu'ils se trouvent encore sous la puissance de l'adoptant, soit qu'ils ne s'y trouvent plus par suite de la mort de ce dernier. Car, s'ils en étaient sortis par l'émancipation, ils auraient droit à l'hérédité de leur père naturel, en vertu de la *honorum possessio undè liberi*, et la difficulté ne se présenterait pas.

Dans l'hypothèse où nous nous plaçons, ils ne peuvent venir que dans l'ordre *undè cognati*. Mais de ce qu'ils viennent dans cet ordre, faut-il conclure en leur faveur à l'existence de la *querela*?

Sur ce point il y avait parmi les jurisconsultes une controverse qui nous est signalée par Justinien (1). Papinien leur refusait la *querela*. Paul la leur donnait, en faisant remarquer que la plupart du temps elle serait sans effet, sans doute parce qu'ils seraient précédés dans l'ordre des successions *ab intestat* par les héritiers siens ou les agnats du *de cuius*. Marcien se rangeait à l'avis de Papinien, dans le cas où le père adoptif était riche, et à l'avis de Paul, dans le cas contraire.

La même question avait été posée par les jurisconsultes à propos des postumes externes, descendants du *de cuius*. Elle était résolue en faveur de ces postumes. En effet, dans la loi 6, princ., au *Dig., De inoff. testam.*, après avoir dit que le postume pouvait attaquer comme inofficieux le testament de ceux dont il aurait été l'héritier sien ou l'agnat, pourvu que sa conception remontât à l'époque de leur décès, Ulpien ajoute : « Sed et cognatorum ; quia « et horum *ab intestato potuit honorum possessionem accipere.* » Les commentateurs se sont torturé l'esprit pour imaginer des cas d'application de cette règle. Entre autres hypothèses, ils ont supposé qu'un fils donné en adoption, après être passé sous la puissance de l'adoptant, avait eu lui-même un fils simplement conçu *in adoptivâ familiâ*, à l'époque de la mort de son aïeul naturel. En pareil cas, sans doute, non-seulement le petit-fils n'a jamais été placé sous la puissance de l'émancipateur, mais il n'a jamais été dans sa famille, et il ne peut être traité que comme un cognat par rapport à la succession de son grand-père naturel.

(1) Loi 10, princ., au Code, *De adoptionibus*.

Mais nous doutons fort que, dans la loi 6 précitée, le jurisconsulte ait eu en vue une semblable hypothèse. En effet si, comme nous venons de le voir, trois opinions s'étaient formées lorsqu'il s'agissait d'attribuer la *querela* au fils adoptif lui-même, bien que certainement ce fût un cognat, et bien aussi qu'il eût été autrefois dans la famille de son père naturel, à combien plus forte raison n'aurait-on pas hésité à donner la *querela inoff. testam.* au petit-fils issu de ce fils lui-même, et conçu *in adoptivâ familiâ*.

Mais voici un cas dans lequel la pensée d'Ulpien peut être appliquée. *Primus* a sous sa puissance *Prima*. Celle-ci a pour fils *Secundus*, qui épouse *Tertia*. *Prima* précède, ainsi que *Secundus*; et lorsque *Primus* lui-même vient à mourir, *Tertia* est enceinte des œuvres de *Secundus*. Le postumé qu'elle porte dans son sein est bien un descendant de *Primus*; mais c'est un simple cognat, attendu qu'il descend de l'auteur commun par les femmes. Il est donc appelé dans l'ordre *undè cognati*, et par suite, c'est à ce titre-là qu'il pourra exercer la *querela* contre le testament de son bisaïeul.

De ce qui précède, il résulte que les enfants et descendants appelés par le préteur sont admis en leur qualité de *bonorum possessores* à exercer la *querela* sans distinguer s'ils viennent dans l'ordre *undè liberi*, ou dans l'ordre *undè cognati*, sauf la restriction controversée qui est relative aux enfants donnés en adoption.

Que si l'ordre dans lequel la *bonorum possessio* se trouve déférée est complètement indifférent, il n'y a pas non plus à examiner si celle *bonorum possessio* est *edictalis* ou *decretalis*.

Un père émancipe son fils; après son émancipation, celui-ci a un fils qu'il émancipe et il se donne ensuite en adrogation. L'adrogeant décède, et l'adrogé, resté toujours *in adoptivâ familiâ*, meurt à son tour, ainsi que son père naturel. Le fils de l'adrogé ne peut, en aucune façon, invoquer la *bonorum possessio edictalis*. D'une part, en effet, il n'a jamais été dans la famille de son aïeul, et il ne se trouve pas dans la famille de son père, qui est celle de l'adrogeant. Il court donc le risque d'être privé de deux successions à la fois: de celle de son aïeul et de celle de son père. Aussi le préteur vient-il à son secours en lui donnant la *bonorum possessio decretalis*; d'où il résulte qu'en l'absence de tout testament, il aurait eu la

*bonorum possessio decretalis undè liberi*. Par conséquent, en cette qualité de *bonorum possessor*, il pourra exercer la *querela*, soit contre le testament de son aïeul, soit contre le testament de son propre père, puisque le décret du magistrat peut l'appeler à la succession de l'un et de l'autre (1).

Sont admis aussi à exercer la *querela* les descendants appelés en vertu des constitutions impériales.

Ainsi, les enfants d'une fille précédée qui, du temps des juriconsultes classiques, ne pouvaient venir à la succession de leur aïeul maternel que dans l'ordre des cognats, y sont admis dans l'ordre *undè liberi* à partir de Valentinien, Théodose et Arcadius (2).

C'est dans cet ordre aussi qu'à partir de cette époque ils auront droit à la *querela*.

Peu importe que leur vocation héréditaire subisse certaines restrictions, et qu'ils soient obligés de laisser aux héritiers siens avec lesquels ils se trouvent en concours le tiers de la portion qu'aurait eue leur mère, si elle eût survécu, et aux agnats du *de cuius* le quart de la succession. Ces restrictions, du reste successivement abolies par Justinien, n'empêchent pas ces descendants d'être appelés dans l'ordre des héritiers siens et d'exercer en cette qualité la *querela inofficiosi testamenti*.

Quant aux enfants donnés en adoption, on connaît la fameuse distinction introduite par la législation justinienne entre ceux qui sont donnés en adoption à un étranger et ceux qui sont donnés en adoption à un ascendant.

Les premiers ne sortent pas, du moins en thèse générale, de leur famille naturelle pour entrer dans la famille adoptive. Ils restent sous la puissance de leur père naturel et ne se trouvent en aucune façon soumis à celle de l'adoptant.

Cette règle ne comporte exception que dans le cas où c'est un petit-fils qui a été donné en adoption, et qui, lors du décès de l'aïeul, est précédé dans la famille de ce dernier par son propre

(1) Loi 14, § 1<sup>er</sup>, in fine, D., *De bon. poss. c. tabulas*.

(2) Loi 4, au Code Théodosien, *De legitimis hereditibus*.

père. Dans cette hypothèse, le *pater adoptivus* même étranger, acquiert le droit de puissance (1).

En ce qui concerne les enfants donnés en adoption à un ascendant, ils quittent sans exception la famille naturelle pour la famille adoptive et deviennent les héritiers siens de l'adoptant.

Le *minus plene adoptatus* acquiert des droits de succession sur les biens de l'adoptant, mais seulement des droits de succession ab intestat ; car, si l'adoptant avait disposé de ses biens, le testament qu'il aurait fait à cet égard serait de la part de l'adopté à l'abri de la *querela*.

Les droits de succession ab intestat acquis par le *minus plene adoptatus* dans la famille adoptive ne l'empêchent pas de conserver les droits qu'il a dans sa famille naturelle. En conséquence, il pourra succéder ab intestat à son père naturel et au besoin exercer contre le testament paternel la *querela inofficiosi testamenti*.

Quant au *plene adoptatus*, non-seulement il est appelé à recueillir ab intestat l'hérédité de l'adoptant, mais encore il peut attaquer le testament comme inofficieux.

En ce qui touche l'hérédité de son père naturel, il y a lieu de distinguer si, à l'époque de la mort de ce dernier, l'adopté se trouve encore *in adoptiva familia*, ou bien s'il en est sorti. S'il n'est plus dans la famille adoptive, il succédera à son père naturel dans l'ordre des héritiers siens, et c'est dans cet ordre-là aussi qu'il pourra exercer la *querela*. Dans le cas inverse, l'ordre dans lequel Justinien l'appelle à succéder a varié, suivant que l'on se place au point de vue des Constitutions de ce prince ou au point de vue de ses Nouvelles.

Dans le système des Constitutions, l'adopté n'est appelé à la succession de son père naturel qu'en vertu de la *bonorum possessio unde cognati*. De plus, il ne peut, malgré sa qualité de *bonorum possessor*, exercer la *querela*. En effet, Justinien, après avoir rappelé la controverse qui régnait autrefois sur ce point entre Papinien, Paul et Marcien, la tranche dans le sens du premier de ces jurisconsultes (2).

(1) Loi 10, § 4, au Code, *De adoptionibus*.

(2) Loi 10, *primo*, au Code, *De adoptionibus*.

Dans le système de la *Novelle 118*, l'adopté vient à l'hérédité paternelle au même titre qu'un héritier sien. Mais, en étendant sous ce rapport ses droits successifs, Justinien n'abroge pas la décision qu'il a donnée dans la loi 10, princ., au Code, *De adoptionibus*, relativement à la *querela*. En conséquence, l'exclusion qu'il avait prononcée contre le *plenè adoptatus* continue à subsister dans toute sa force.

Occupons-nous maintenant des enfants et descendants en ce qui concerne la succession des femmes.

Nous parlerons d'abord des descendants naturels; ensuite des enfants adoptés *per rescriptum principis*.

Avant le sénatus-consulte Orphitien, porté en l'an de Rome 931, pendant le règne de Marc-Aurèle et de Commode, sous le consulat de Julianus Rufus et de Gavianus Orphitus, il y avait lieu de distinguer si la femme de la succession de laquelle il s'agissait était ou non *in manu mariti*.

Dans le premier cas, elle était l'agnate et la sœur de ses propres enfants. Ceux-ci étaient donc appelés à son hérédité en premier ordre, soit d'après le droit civil, soit d'après le droit prétorien.

Dans le second cas, ils arrivaient seulement dans l'ordre *unde cognati*.

Dans l'une comme dans l'autre hypothèse, ils avaient droit à la *querela inofficiosi testamenti*.

Du reste, les *liberi naturales*, les *spurii* ou les *vulgò concepti* étaient placés sur la même ligne que les *legitimi*, excepté, bien entendu, lorsqu'il y avait eu *conventio in manum mariti*; car alors les *legitimi* étaient appelés en premier lieu comme les agnats de leur mère, tandis que les autres ne pouvaient invoquer que la *bonorum possessio unde cognati*.

Depuis le sénatus-consulte Orphitien, même abstraction faite du cas où la *manus* n'existe pas, les enfants sont appelés à la succession maternelle comme des agnats, sans aucune espèce de différence entre les *legitimi* et ceux qui n'ont pas cette qualité.

Au reste, le sénatus-consulte Orphitien ne donne vocation, dans l'ordre des agnats, qu'aux enfants du premier degré. Ceux qui occupent un degré ultérieur restent dans l'ordre des cognats, jusque sous le règne de Théodose; en conséquence, ce n'est qu'en

leur qualité de *bonorum possessores unde cognati* qu'ils peuvent agir par la *querela*. Mais une constitution de Théodose les appelle à la succession de leur aïeule, dans l'ordre des agnats.

Lorsqu'il s'agit d'enfants donnés en adoption à une femme *per rescriptum principis*, la question se présente de savoir s'ils pourront faire tomber comme inofficieux le testament de leur mère adoptive, ou s'ils acquerront seulement des droits à sa succession *ab intestat*.

La première opinion nous paraît formellement résulter de la loi 6, au Code, *De adoptionibus*. Les Empereurs Dioclétien et Maximien qui, les premiers, ont permis cette adoption *per rescriptum principis*, placent l'adopté absolument sur la même ligne qu'un *legitimus* ou un *liber natus*, et cela sans aucune espèce de distinction.

Une induction dans le même sens nous est fournie par la loi 29, § 3, au *Dig.*, *De inoff. testam.* Le texte d'Ulpien, tel qu'il nous est parvenu, décide qu'une femme ne pouvant adopter *sinè jussu principis*, le prétendu fils adoptif ne pourra exercer la *querela* contre le testament de celle qu'il a cru faussement pouvoir devenir sa mère. Il est bien clair que les mots *sinè jussu principis* figurent dans le fragment par suite d'une interpolation des compilateurs. Mais que l'on se place au point de vue des anciens jurisconsultes, ou à celui de Justinien, la conséquence sera toujours la même. La pensée d'Ulpien était que, les femmes étant frappées de l'incapacité de faire des adoptions, leur testament ne pouvait être soumis à la *querela* de la part de ceux qui, par une erreur de droit, se seraient imaginé que l'adoption était valable à leur égard. D'où il résulte bien *à contrario* que si, du temps d'Ulpien, l'adoption eût été permise aux femmes, la solution n'aurait pas été la même, et, qu'au contraire, la *querela* aurait été ouverte à l'adopté. La pensée de Tribonien, c'est que les femmes peuvent adopter, dans le cas où elles y sont autorisées *per rescriptum principis*, mais que, cette autorisation faisant défaut, l'adoption est entachée de nullité, et, qu'en conséquence, elle ne peut créer entre les parties les rapports sur lesquels est fondée la *querela*. Donc, si l'Empereur a permis l'adoption par un rescrit, l'adoption est valable, et dès lors elle établit entre les parties les rapports de filiation qui, méconnus injustement par la mère adop-

tive, pourront donner lieu à la *querela* contre le testament dans lequel elle aura violé l'*officium pietatis*.

## § II.

### ASCENDANTS.

Nous nous occuperons en premier lieu des ascendants paternels, et en second lieu de la mère et des ascendants maternels.

Quant aux ascendants paternels, ils viennent à la succession ab intestat de leurs descendants, et, par suite, ils peuvent exercer la *querela inofficiosi testamenti* dans diverses circonstances que nous allons préciser.

Supposons tout d'abord que le *de cuius*, à l'époque de sa mort, se trouve sous la puissance de son père.

La question de savoir si celui-ci pourra faire tomber le testament par la plainte d'inofficiosité, ne peut évidemment se présenter que dans le cas où son fils a testé sur son *peculium castrense*, si l'on se place à l'époque des jurisconsultes, ou sur son pécule *quasi castrense*, suivant la faculté qui lui a été expressément concédée par Justinien, en l'année 531.

Du temps des jurisconsultes classiques, lorsque le fils de famille a disposé par testament de son *peculium castrense*, il peut se faire qu'il ait testé suivant le droit spécial aux militaires en expédition, c'est-à-dire dans une circonstance où il était affranchi des conditions requises par le droit civil. En pareil cas, il n'est pas douteux que le père ne pouvait pas exercer la *querela inofficiosi testamenti*. Cela résulte formellement de la loi 8, § 4, au *Dig., De inoff. testam.* Dans ce texte Ulpien suppose qu'un homme a testé *in militia*, et qu'il est mort dans le courant de l'année qui a suivi son congé. Le jurisconsulte se demande si le privilège qui affranchissait le testament militaire de la *querela* n'a pas pris fin à l'époque même où le testateur a été libéré du service. Et, appliquant la règle suivant laquelle le testament fait *in militia* est affranchi de toutes les formalités du droit civil pendant un an encore à partir du congé, il décide que, dans l'espèce proposée, la *querela inofficiosi testamenti* ne peut avoir lieu. Supposons maintenant que le fils de famille militaire ait testé dans une circonstance où il était obligé de le faire

conformément au droit civil, c'est-à-dire *citra expeditionum necessitatem*. Dans ce cas encore il est incontestable que le testament est à l'abri de la *querela*. C'est la décision donnée par la loi 24, au Code, *De inoff. testam.*, et d'une manière encore plus explicite par la loi 9, au Code, *codem titulo*.

Mais s'il s'agit d'un fils de famille vétérans, et si ce fils a testé sur son *peculium castrense*, le testament n'aura-t-il rien encore à redouter de la *querela inofficiosi testamenti*? Ici le doute est possible, et la controverse règne parmi certains interprètes allemands (1). La raison de douter se tire de ce que, dans les deux constitutions précitées, les Empereurs supposent la qualité de militaire dans le fils de famille testateur, d'où l'on peut être porté à induire que la décision donnée n'aurait pas été la même si le fils de famille avait été *paganus*. Mais, en général, il ne faut pas attacher une trop grande importance aux circonstances de fait relevées dans les rescrits impériaux, parce que ces circonstances n'y figurent ordinairement que d'une manière tout à fait accidentelle, et parce qu'elles se présentaient dans la cause sur laquelle le prince avait à statuer. Ce n'est pas comme dans les textes des jurisconsultes, où les faits relatés ont chacun leur importance pour la solution donnée. Or il nous paraît bien résulter de la législation des *Pandectes* que le testament fait par le fils de famille *paganus* sur son *peculium castrense* se trouve affranchi de la *querela*. En effet, dans la loi 8, § 3, au *Dig.*, *De inoff. testam.*, nous trouvons une réponse de Papinien qui soumet à la *querela* le testament d'un *pater familias* vétérans, lors même que ce *pater familias* aurait disposé des biens acquis à la guerre. Le jurisconsulte n'aurait pas supposé que le testateur était un *pater familias*, si la solution qu'il donne avait été la même dans le cas directement inverse:

Plaçons-nous maintenant dans l'hypothèse où le fils de famille a été émancipé par son père. Alors s'applique immédiatement la décision que donne Papinien et que nous venons de rapporter. Le testament de l'émancipé pourra être attaqué comme inofficieux par le père émancipateur, non-seulement dans le cas où il porte sur des biens ordinaires, mais encore dans le cas où il dispose de biens qui

(1) Francke, p. 444, et Mühlenbruch, p. 196 et suivantes.



auraient fait partie du *peculium castrense*, si le testateur avait été *filius familias*. D'une part, le testament dont il est question ne peut jouir des privilèges attachés aux testaments militaires, puisque nous supposons l'émancipé vétéran, et, d'autre part, l'émancipation, en détruisant les rapports de puissance, est venue enlever aux biens acquis à la guerre le caractère de pécule.

Que si un *filius familias* dispose par testament de son *peculium quasi castrense*, ses dernières dispositions n'ont pas à redouter de la part du père la *querela inofficiosi testamenti*. Ceci est formellement établi par la loi 37, § 1<sup>er</sup>, au Code, *De inoff. testam*. Dans cette constitution, Justinien déclare étendre au testament portant sur le *peculium quasi castrense* le privilège concédé au testament par lequel il a été disposé du *peculium castrense*. Et pour que l'assimilation soit complète, dans le § 2 de la même constitution, il restreint un semblable privilège au cas où le testateur est encore sous la puissance paternelle. D'où il suit que, s'il avait été émancipé, le père pourrait exercer contre son testament la *querela*, lors même que le fils aurait disposé de biens ayant eu autrefois le caractère de *peculium quasi castrense*.

Pour en revenir au doute que nous avons fait connaître sur la question de savoir si la *querela* compétait au père contre le testament fait par le *filius familias* vétéran sur son *peculium castrense*, cette constitution de Justinien ne peut-elle pas servir d'argument puissant à ceux qui ne s'arrêtent pas à la raison de douter? Le seul cas dans lequel Justinien donne la *querela* contre le testament relatif au *peculium quasi castrense*, est celui où le fils de famille est sorti de la puissance paternelle par l'émancipation. Le privilège qui exempte le testament de la *querela* existe dans toutes les autres hypothèses. L'Empereur ne distingue pas si le *filius familias* exerce ou n'exerce plus, quand il teste, les fonctions publiques dans l'exercice desquelles il a acquis le *peculium quasi castrense*. C'est donc qu'avant lui on ne distinguait pas non plus si le *filius familias* était ou n'était plus *miles* à l'époque de la confection du testament sur le *peculium castrense*.

Au reste, toute cette législation des *Pandectes* et du Code a été modifiée par le système des *Novelles*. Ainsi, dans la *Novelle 115*, chap. 4, on voit que les ascendants peuvent exercer l'action en

supplément de légitime, lorsque le fils de famille, testant sur son *peculium castrense*, ne leur a pas laissé leur légitime complète. Et dans la Nouvelle 123, chap. 19, la même action leur est concédée dans le cas où le *filius familias*, revêtu de la qualité de clerc, a testé sur les biens acquis dans l'exercice de la cléricature.

La dernière hypothèse qui peut se présenter est celle où le fils de famille testateur a été donné en adoption. Ici, encore, il importe de bien distinguer les cas.

Si, à l'époque de sa mort, l'adopté se trouve encore sous la puissance de l'adoptant qui lui a survécu, il ne peut être question de *querela*. Dès le moment, en effet, qu'un homme est placé sous la puissance paternelle d'un autre, cette puissance résultât-elle de l'adoption, il ne peut tester que sur son *peculium castrense* ou *quasi castrense*, et nous venons de voir que des testaments relatifs à l'un ou à l'autre de ces deux pécules étaient affranchis de la plainte d'inofficiosité.

Mais supposons que le père adoptif soit prédécédé; quoique le *de cuius*, lorsqu'il vient à mourir lui-même, soit encore *in adoptiva familia*, son père naturel, pouvant arriver à sa succession *ab intestat* au moyen de la *bonorum possessio unde cognati*, c'est aussi dans l'ordre *unde cognati* qu'il pourra exercer la *querela inofficiosi testamenti*.

On peut aussi supposer que l'adopté est sorti de la puissance de l'adoptant, même du vivant de ce dernier, sans être sorti néanmoins de sa famille, par exemple s'il a été élevé à certaines dignités. En ce cas, bien que les textes soient complètement muets, il aurait fallu décider que la *querela* compléterait en même temps, et au père adoptif, et au père naturel.

En fait, on peut imaginer un dernier cas. L'adoptant a émancipé l'adopté. Si l'émancipation a été faite *contracta fiducia*, l'adoptant arrivera, comme tout ascendant émancipateur, à la succession *ab intestat*, au moyen de la *bonorum possessio unde legitimi*. Ce sera donc dans le même ordre qu'il pourra exercer la *querela*, et comme celle *bonorum possessio* prime la *bonorum possession unde cognati*, qui est la seule ressource offerte au père naturel, celui-ci sera, par voie de conséquence, primé par le père adoptif. Si l'émancipation a eu lieu *siné contracta fiducia*, le *manumissor extraneus* n'étant appelé à la succession *ab intestat* qu'après dix cognats du *de cuius*, le père

naturel viendra en second ordre au moyen de la *bonorum possessio undè decem personæ*. Et comme, dans notre hypothèse, les liens de l'adoption ont été complètement brisés, sans avoir été remplacés, ainsi que dans le cas précédent, par la qualité d'ascendant émancipateur que n'a pas l'adoptant, ce sera le père naturel qui exercera la *querela*, à l'exclusion du père adoptif.

C'est avec ces distinctions qu'il faut entendre le texte si concis de Marcien : « *Adversus testamentum filii in adoptionem dati pater naturalis rectè de inofficioso testamento agere potest (1)*. »

Nous ne terminerons pas cette matière sans faire ressortir à la fois et le contraste et l'analogie qui existent entre deux institutions que nous aurons souvent à comparer, savoir : la *querela inofficiosi testamenti*, et la *bonorum possessio contra tabulas*.

L'analogie consiste en ce que le testament relatif aux biens castrens est à l'abri de la *bonorum possessio contra tabulas*, comme il est à l'abri de la *querela inofficiosi testamenti*.

Le contraste vient de ce que le privilège touchant la *bonorum possessio contra tabulas* a été concédé dans des limites plus larges que celui concernant la *querela inofficiosi testamenti*.

En effet, tandis que l'ascendant émancipateur peut attaquer comme inofficieux le testament de l'émancipé, lors même que ce testament porte sur les biens castrens, il ne pourrait pas le faire tomber, même pour moitié, au moyen de la *bonorum possessio contra tabulas*.

Cette différence s'explique historiquement.

Lorsqu'un patron avait été omis dans le testament de son affranchi, et que celui-ci avait testé sur ses biens castrens, la *bonorum possessio contra tabulas dimidiæ partis* ne pouvait recevoir d'application (2). L'ascendant émancipateur ayant été mis sur la même ligne que le patron, en ce qui touche la *bonorum possessio contra tabulas*, on dut décider par voie d'analogie que l'ascendant émancipateur, bien que pouvant attaquer le testament de l'émancipé par la *querela*, ne pourrait le faire au moyen de la *bonorum*

(1) Loi 30, princ., au *Dig.*, *De inoff. testam.*

(2) Loi 3, § 6, au *Dig.*, *De bonis libertorum.*

*possessio contra tabulas*, dans l'hypothèse où l'émancipé aurait disposé de ses biens castrens (1).

Et si l'on demandait à quoi il sert de refuser à l'ascendant émancipateur la *bonorum possessio contra tabulas dimidiæ partis*, alors qu'il pourrait faire tomber le testament pour le tout par la *querela*, nous répondrions que, pour triompher, en prenant cette dernière voie, l'ascendant émancipateur devrait prouver l'injustice de son omission, tandis qu'il n'aurait pas besoin d'administrer une semblable preuve, si la *bonorum possessio contra tabulas* lui était concédée.

En ce qui concerne les ascendants maternels, lorsque ces ascendants sont autres que la mère, ils sont appelés à la succession du *de cuius* dans l'ordre *unde cognati*. A ce titre-là, mais à ce titre seulement, ils auront droit à la *querela*.

Avant le sénatus-consulte Tertullien, rendu sous le règne d'Adrien, il en était de même de la mère.

Mais, dans certains cas et sous certaines conditions dont nous aurons à parler plus loin, ce sénatus-consulte donna vocation à la mère dans l'ordre des agnats. Et ce fut dans cet ordre-là qu'à partir de cette époque la *querela inofficiosi testamenti* put être exercée par la mère.

### § III.

#### FRÈRES ET SŒURS.

Dans l'origine, la *querela inofficiosi testamenti* ne fut accordée qu'aux frères du défunt, et dans l'hypothèse seulement où la qualité d'agnat ne leur avait pas été enlevée par l'émancipation (2).

Ainsi, quoique les sœurs consanguines fussent appelées, en vertu des liens de l'agnation, à l'hérédité de leurs frères ou de leurs sœurs, leur vocation n'existait qu'*ab intestat*. Lorsqu'elles avaient été passées sous silence dans le testament fraternel, elles ne pouvaient le faire tomber comme inofficieux.

Ainsi encore, les frères émancipés étaient bien *ab intestat*, et en

(1) Loi 1, § 4, au *Dig.*, *St à parente quis...*

(2) Loi 1<sup>re</sup>, au Code Théodosien, *De inoff. testam.*

verlu d'une constitution d'Anastase, rendue en 498, appelés à l'hérédité fraternelle pour les trois quarts de ce qu'ils auraient eu s'ils étaient restés dans la famille. — Mais la législation, qui ne les admettait pas à la *querela*, continua toujours à subsister.

Ainsi enfin, par une constitution rendue en 528 (1), Justinien admit bien à la succession les frères et sœurs utérins, en leur accordant les droits d'agnation; mais il ne leur concéda pas le droit d'attaquer le testament comme inofficieux.

Toutefois ce prince, complétant sur ce point l'ancien droit et la constitution d'Anastase, admit les frères et sœurs consanguins à exercer la *querela*, *durante agnatione vel non*, et abrogea ainsi les distinctions que l'on tirait autrefois du sexe et de l'existence ou du défaut de l'agnation.

La loi 1<sup>re</sup> au Code Théodosien, *De inofficioso testamento*, est reproduite dans le Code de Justinien, où elle forme la loi 27 du titre *De inofficioso testamento*. Quand l'on compare les deux textes l'un à l'autre, on voit que le premier a été interpolé en passant dans la législation de Justinien. Dans son intégrité primitive, il n'admet à la *querela* que les agnats du défunt, et il prouve bien que tel était l'état du droit sous le règne de l'empereur Constantin, tandis que le texte inséré dans le Code de Justinien accorde la *querela inofficiosi testamenti* non-seulement aux frères dont il vient de s'agir, mais encore aux sœurs consanguines, sans distinguer si les liens de l'agnation subsistent encore ou s'ils ont été détruits par l'é mancipation.

## CHAPITRE II

### DE L'ORDRE DANS LEQUEL S'EXERCE LA *querela inofficiosi testamenti*.

Après avoir énuméré les personnes qui ont le droit d'exercer la *querela inofficiosi testamenti*, il faut déterminer l'ordre dans lequel elles peuvent intenter une pareille action.

La liste qui précède commence par les descendants, continue par les ascendants, et se termine par les frères et sœurs.

(1) Loi 7, au Code, *Ad senatusconsultum Tertullianum*.

Mais il faut se garder d'en conclure que la *querela* compète à ces diverses catégories de personnes dans l'ordre même où nous venons de les énumérer.

Le principe fondamental qui domine toute cette théorie, c'est que la *querela* est donnée aux divers héritiers compris dans notre liste, dans un ordre complètement identique à celui où, soit le droit civil primitif, soit le droit prétorien, soit les constitutions impériales, les appellent à succéder ab intestat.

### § I<sup>er</sup>.

#### ENFANTS ET DESCENDANTS.

A l'égard des enfants et descendants, avant Justinien, la règle générale, c'est qu'ils sont appelés en premier ordre, soit qu'ils arrivent à la succession du père ou d'un ascendant paternel, soit qu'ils viennent à la succession de la mère ou d'un ascendant maternel en vertu du sénatus-consulte Orphitien ou des Constitutions impériales qui ont suivi.

Mais cette règle générale n'est vraie que sous certaines restrictions.

Nous avons en effet rencontré des descendants qui ne sont appelés à recueillir l'hérédité ab intestat, et par suite à exercer la *querela*, que dans l'ordre des agnats. Tel est entre autres le postume externe dont parle Ulpien, dans la loi 6, princ., au *Dig., De inoff. testam.* Tel est encore le fils donné en adoption, lorsqu'au décès de son père naturel il se trouve *in adoptivâ familiâ*.

Toutes ces distinctions disparaissent dans le système des Nouvelles. En effet, dans le dernier état du droit, tous les enfants et descendants sont appelés à la succession de leurs ascendants soit paternels, soit maternels, en première ligne, et ils peuvent aussi, dans le premier ordre, attaquer le testament comme inofficieux.

### § II.

#### ASCENDANTS.

En ce qui touche les ascendants, si l'on se place encore à l'époque antérieure à la législation des Nouvelles, il faut distinguer entre le

père ou l'aïeul paternel, et la mère ou les ascendants maternels.

Lorsqu'il s'agit du père ou de l'aïeul paternel, plusieurs hypothèses se présentent :

Il peut se faire en premier lieu que le *de cuius* soit un enfant émancipé. Dans ce cas, le père émancipateur est appelé à exercer la *querela* en second ordre, à défaut d'héritiers siens ou de personnes assimilées aux héritiers siens. Peu importe que l'émancipation ait eu lieu *contracta fiducia* ou *sine contracta fiducia*. Dans la première hypothèse, notre proposition est évidente, puisque l'émancipé n'a pas d'agnats, et que l'ascendant émancipateur, assimilé à un patron, lui en tient lieu. Dans la seconde, il est bien vrai que l'émancipateur ne peut invoquer la *bonorum possessio undè legitimi*, qui appartient au *manumissor extraneus*. Mais cela ne l'empêchera pas de venir en second ordre, au moyen de la *bonorum possessio undè decem personarum*.

Que si le *de cuius* est un petit-fils émancipé par son aïeul paternel, et que le père soit prédécédé, l'émancipateur exercera la *querela*, tantôt en troisième ordre, tantôt en second ordre. En effet, si le *de cuius* a laissé sa mère, celle-ci, en vertu du sénatus-consulte Tertullien, exclura l'aïeul, qui, en conséquence, ne pourra venir qu'en troisième ordre. En cas de prédécès de la mère, c'est en second ordre qu'il recueillera l'hérité, et que par suite il pourra faire rescinder le testament comme inofficieux.

Supposons maintenant que le *de cuius* soit un enfant donné en adoption.

S'il est mort *in adoptiva familia*, après qu'il est devenu *sui juris* par son élévation à certaines dignités, ou par le prédécès de l'adoptant, le père naturel ne pourra exercer la *querela* qu'en troisième ordre, et en admettant que l'adopté n'ait laissé ni héritiers siens ni les agnats qu'il a trouvés dans sa famille adoptive. Nous en disons autant du père adoptif qui aurait survécu à l'adopté, dans le cas où celui-ci serait sorti de sa puissance sans sortir de sa famille. Ajoutons qu'en pareille hypothèse, l'adoptant et le père naturel concourraient en troisième ordre.

Si le lien de l'adoption avait été brisé par l'émancipation, il faudrait distinguer entre le cas où l'émancipation aurait eu lieu con-

*tracta fiducia*, et celui où elle aurait été faite *sinè contracta fiducia*.

Dans les deux cas, il ne pourrait être question d'accorder la *querela*, soit à l'adoptant, soit au père naturel, qu'à défaut d'héritiers siens.

Mais, dans le premier cas, le père adoptif tenant lieu de patron et pouvant invoquer la *bonorum possessio undè legitimi*, exercerait la *querela* en second ordre, tandis que le père naturel ne pourrait l'exercer que dans l'ordre des cognats.

Dans le second cas, au contraire, le père adoptif ne tient plus à l'adopté par aucune espèce de lien. C'est le *manumissor extraneus* qui est revêtu du patronage fictif résultant de l'émancipation. Et comme sa vocation est primée par la *bonorum possessio undè decem personæ*, ce sera le père naturel qui exercera la *querela* en second ordre, et cette action sera refusée absolument au père adoptif.

Voyons maintenant dans quel ordre la *querela* compètera soit à la mère, soit aux ascendants maternels.

Avant le sénatus-consulte Tertullien, la mère et les ascendants maternels ne venaient qu'en troisième ordre, par la *bonorum possessio undè cognati*.

Cet état de choses n'a point été modifié par le sénatus-consulte Tertullien, à l'égard des ascendants maternels.

Mais la mère a été appelée par ce sénatus-consulte dans l'ordre des agnats.

En conséquence, lorsqu'il s'agissait de la succession d'une fille, celle-ci ne pouvant avoir d'héritiers siens, sous l'empire des sénatus-consultes Tertullien et Orphitien combinés, la mère recueillait l'hérité de sa fille concurremment avec les enfants de celle-ci. Et par suite c'était en premier ordre qu'elle pouvait exercer la *querela inofficiosi testamenti*.

Toutefois cela n'était vrai que dans l'hypothèse où la fille n'avait pas laissé de frères consanguins.

Si elle en avait laissé, comme la mère était exclue par ce frère consanguin, et que celui-ci à son tour l'était par les enfants de sa sœur, il en résultait que ces derniers excluaient la mère, laquelle alors ne venait qu'en troisième ligne.



Ajoutons que, même abstraction faite de cette hypothèse particulière, lorsque l'on se place sous l'empire des constitutions impériales postérieures au sénatus-consulte Orphitien, les enfants de la fille priment toujours la mère, soit qu'il y ait un frère consanguin, soit qu'il n'y en ait pas.

De même que la mère passe après le frère consanguin, de même elle passe après le père émancipateur. D'où il résulte que si le *de cuius*, qu'il s'agisse d'un fils ou d'une fille, est un enfant émancipé, le troisième rang seulement sera ouvert à la mère.

La règle, que le sénatus-consulte Tertullien appelle la mère dans l'ordre des agnats, reçoit exception dans certaines circonstances. Il se présente en effet des cas dans lesquels elle ne vient que dans l'ordre des cognats.

Ces dérogations au principe posé par le sénatus-consulte Tertullien sont toutes dominées par cette idée générale, que si le principe recevait son application, il entraînerait une injustice à l'égard de certaines autres personnes, qui, dans l'ordre habituel des choses, sont cependant préférées à la mère.

Les textes nous présentent à cet égard deux hypothèses :

1° *Titius* a sous sa puissance *Sempronius* et un petit-fils ou une petite-fille issus de *Sempronius* et de la femme de ce dernier. Il émancipe *Sempronius*. Ensuite le petit-fils ou la petite-fille devient *sui juris* par la mort de son aïeul, et meurt à son tour. Si sa mère pouvait invoquer la règle du sénatus-consulte Tertullien, elle primerait le père qui a été émancipé, et qui, depuis son émancipation, n'est plus, par rapport au *de cuius*, qu'un simple cognat. Or, sans cette émancipation et à supposer que le *de cuius* fût mort *sui juris*, parce qu'il aurait été lui-même émancipé, le père aurait primé la mère. Si donc, maintenant, il était primé par la mère, il y aurait là une iniquité que l'on corrige en reléguant la mère dans l'ordre des cognats où le père se trouve.

2° Le *de cuius* a donné ses enfants en adoption, et ils sont restés *in adoptiva familia*. Ils ne peuvent venir à sa succession que dans l'ordre *unde cognati*. Le sénatus-consulte Tertullien ne doit pas non plus recevoir ici son application. Autrement, la mère, venant comme agnate, exclurait les enfans du *de cuius*. Donc, ici encore

elle sera retenue par les enfants donnés en adoption dans la classe des cognats.

Supposons maintenant que le *de cuius* ait été émancipé par son père *sinè contractâ fiduciâ*. L'émancipateur ne peut venir qu'à défaut d'héritiers siens et en vertu de la *bonorum possessio undè decem personæ*, c'est-à-dire en qualité de cognat. La mère lui serait donc préférée, si elle pouvait invoquer les dispositions du sénatus-consulte Tertullien ; mais elle ne le pourra pas, et, comme lui, elle ne viendra que dans l'ordre *undè cognati*. Cette hypothèse n'est pas, comme les deux précédentes, prévue par les textes ; mais l'identité de motifs doit évidemment entraîner ici une identité de solution.

### § III.

#### FRÈRES ET SŒURS.

Quant à l'ordre de vocation des frères et sœurs, il est simple et facile à saisir.

Dans le premier état du droit, les frères consanguins, seuls, étaient admis à exercer la *querela*, à la condition qu'il fussent revêtus de la qualité d'agnats. En conséquence, c'était dans le second ordre qu'ils pouvaient attaquer comme inofficieux le testament du *de cuius*.

Quant aux frères émancipés, même lorsqu'ils étaient consanguins, dans le droit le plus ancien, ils recueillaient bien la succession ab intestat dans l'ordre *undè cognati* ; mais la *querela* leur était formellement refusée.

Sous Anastase, ils viennent bien à la succession fraternelle en qualité d'agnats, mais ils ne peuvent faire tomber, comme inofficieux, le testament de leur frère.

Mais Justinien accorde formellement la *querela* aux frères et sœurs émancipés, lorsqu'ils sont consanguins ; et comme, depuis Anastase, c'est en second ordre qu'ils recueillent la succession ab intestat, c'est dans cet ordre aussi qu'ils peuvent, sous Justinien, intenter la *querela*.

Les rapports compliqués que nous venons d'étudier n'existent plus dans le système des Nouvelles. Sous l'empire de ce système, l'on peut dire que la *querela inoff. testam.* appartient :

1<sup>o</sup> Aux enfants et descendants ;

- 2° Aux frères et sœurs consanguins;
  - 3° Et aux ascendants;
- dans l'ordre même où nous venons d'énumérer ces trois catégories de personnes.

## CHAPITRE III

### DÉVOLUTION DE LA *querela*.

L'ordre et le degré dans lesquels la *querela inofficiosi testamenti* peut être exercée étant ainsi déterminés, il nous reste à examiner :

1° S'il y a dévolution d'un ordre à l'autre;

2° S'il y a dévolution d'un degré à l'autre.

1° Y a-t-il dévolution d'un ordre à l'autre?

Commençons par bien préciser l'hypothèse dans laquelle la question s'élève.

Il faut supposer que l'héritier du premier ordre renonce à exercer la *querela*, ou que, l'ayant exercée, il a succombé, par la raison qu'il a été exhéredé ou omis justement.

La dévolution avait été, paraît-il, controversée à l'origine. Mais elle avait fini par prévaloir. Dans la loi 31, princ., au *Dig., De inoff. testamento*, Paul nous dit : « Si is qui admittitur ad accusationem  
« nolit aut non possit accusare, an sequens admittatur videndum  
« est; et placuit posse, ut fiat successioni locus. » Ce texte détermine bien, comme nous l'avons fait, les deux cas dans lesquels il pouvait être question de dévolution, en même temps qu'il porte la trace des hésitations qui s'étaient produites, et nous révèle le triomphe définitif de l'opinion qui avait consacré la dévolution.

Le principe posé par Paul dans le fragment précité est appliqué par Papinien dans la loi 14, princ., au *Digeste, De inofficioso testamento*. Voici l'espèce dans laquelle se place le jurisconsulte :

Un père a émancipé son fils et retenu sous sa puissance le petit-fils né de ce fils. Postérieurement à son émancipation, le fils a un autre enfant. Il fait un testament dans lequel il exhéredé cet enfant et celui qu'il a laissé sous la puissance de son propre père; en même temps il passe ce dernier sous silence. Après sa mort, les deux exhéredés et leur aïeul attaquent le testament comme inoffi-

cioux. Papinien décide qu'il sera sursis à statuer sur la *querela* exercée par l'aïeul jusqu'à ce que celle exercée par ses petits-fils ait reçu une solution. Mais, ajoute-t-il, s'ils viennent à succomber, la *querela* intentée par le père pourra suivre son cours et aboutir, elle aussi, à une solution judiciaire.

Voilà bien le principe de la dévolution d'un ordre à l'autre clairement posé et clairement appliqué.

2° Et maintenant y a-t-il dévolution d'un degré à l'autre?

Cette question n'est pas, tant s'en faut, aussi facile à résoudre que la précédente. La pénurie de textes est la cause des incertitudes qui règnent sur cette matière.

Néanmoins il y a des cas dans lesquels la dévolution d'un degré à l'autre ne présentera aucune difficulté.

Ainsi, par exemple, dans les successions qui se trouvent régies par le sénatus-consulte Tertullien, cette dévolution est formellement établie, dans certaines hypothèses, quant à l'hérédité ab intestat, et en conséquence il ne faut pas hésiter à l'admettre quant à la *querela*.

Qu'on suppose la mère en présence du père émancipateur ou bien en présence d'un frère consanguin, les héritiers siens étant, bien entendu, supposés faire défaut, le premier degré dans l'ordre des agnats est occupé, soit par le père émancipateur, soit par le frère consanguin, qui l'un et l'autre excluent la mère.

Mais que l'un ou l'autre vienne à renoncer à la *querela*, ou que, l'ayant intentée, il ait succombé, le droit d'attaquer le testament comme inofficieux sera dévolu à la mère, par la raison toute simple que si le *de cuius* était mort intestat, la mère, aurait été appelée à recueillir la succession après la renonciation du père ou du frère consanguin.

Mais, si l'on sort des hypothèses précédentes, la question de savoir si la dévolution de la *querela* peut s'opérer d'un degré à l'autre est parmi les interprètes l'objet de très-grandes controverses.

Elle se pose dans l'espèce que voici :

Un homme, qui avait sous sa puissance son fils et son petit-fils, a exhéredé son fils et passé le petit-fils sous silence. L'exhéredé renonce à la *querela* ou succombe après l'avoir exercée. Le petit-

ils omis pourra-t-il à son tour entrer en lice et attaquer comme inofficieux le testament de son aïeul paternel?

L'affirmative est généralement enseignée par les auteurs. Elle paraît au premier abord être consacrée par la loi 31, princ., au *Digeste, De inofficioso testamento*, que nous avons transcrite plus haut, et de laquelle il semble bien résulter, en effet, que la règle de la dévolution est applicable d'une manière générale et sans distinction entre le cas où la dévolution s'opère d'un ordre à l'autre et celui où elle s'opère d'un degré à l'autre. Mais une interprétation aussi extensive de ce texte nous paraît formellement contredite par la loi 34, au Code, *De inofficioso testamento*. Dans cette constitution, Justinien se place dans l'hypothèse que nous avons nous-même posée, en y ajoutant cette circonstance, que le fils exhéredé vient à mourir avant que l'héritier institué ait pris parti sur l'adition ou sur la répudiation de l'hérédité. L'Empereur déclare qu'avant lui le petit-fils était dénué de toute espèce de secours : « Omne adjutorium nepotem derelinquit. » Et, corrigeant le droit antérieur comme contraire à l'humanité, il décide que la *querela* qui compétait au fils sera transmise au petit-fils, bien que le premier soit mort sans avoir pu l'exercer et sans avoir même manifesté l'intention de l'exercer par un de ces actes préparatoires dont nous aurons plus tard à nous occuper.

Si, du temps des jurisconsultes classiques, la dévolution d'un degré à l'autre eût été possible, et si, par conséquent, dans l'espèce proposée, le petit-fils avait eu de son chef la *querela inofficiosi testamenti*, l'assertion de Justinien ne se comprendrait pas, et de plus on ne concevrait pas l'utilité qu'il y aurait eu pour le petit-fils à exercer la *querela* du chef de son père, quand il aurait pu l'intenter de son propre chef. Il n'y a qu'une manière d'échapper à cette objection, c'est de dire que le petit-fils a, par son ingratitude envers le testateur, mérité son omission, et que le fils, au contraire, a été injustement exhéredé. Mais alors il faut convenir que Justinien aurait consacré un résultat bien bizarre, puisque le bénéfice de sa constitution n'aurait profité qu'à celui qui en était le moins digne, au petit-fils ingrat.

L'affirmation de Justinien, au sujet de l'abandon dans lequel était laissé le petit-fils dans la législation antérieure, n'a du reste rien

qui étonne, lorsqu'on la rapproche des principes généraux sur la matière. Il est de règle que la *querela inofficiosi testamenti* compétente à ceux-là seulement qui sont dans l'ordre et dans le degré utiles pour succéder *ab intestat*. Voyons donc si, dans l'hypothèse dont nous nous occupons, le petit-fils aurait pu venir *ab intestat*, soit en vertu des principes qui gouvernent les successions légitimes, soit en vertu de ceux qui gouvernent la succession prétorienne.

Au point de vue des successions légitimes, il est élémentaire qu'il n'y a pas de dévolution d'un degré à l'autre. « *In hereditibus legitimis successioni locus non est,* » nous dit Ulpien, dans ses *Fragments*. Sans doute le fils exhéredé étant mort pendant que l'héritier institué délibère, si celui-ci répudie l'hérédité, le petit-fils pourra venir *ab intestat*, attendu que la succession s'ouvre au profit de l'héritier le plus proche à l'époque où il devient certain que le testateur est mort *intestat*. Mais si l'institué fait addition d'hérédité, le premier degré, en ce qui touche la *querela*, a été occupé par le fils exhéredé, parce qu'alors il faut se référer à l'époque du décès du testateur; s'il en était autrement, on ne comprendrait pas la controverse tranchée par Justinien sur le point de savoir quel devait être le point de départ du délai dans lequel la *querela* doit être exercée sous peine de forclusion. Si la *querela* n'avait pas pris naissance au moment même où le testateur est mort au profit de l'héritier le plus proche à cette époque, comment concevoir que des jurisconsultes eussent pu soutenir que le point de départ en question devait être le décès du testateur?

Au reste, si les textes des *Pandectes* gardent le silence sur le point que nous citons, ils s'expliquent clairement dans d'autres hypothèses, et viennent nous fournir de puissantes inductions.

Dans la loi 7, princ., au *Dig.* : « *Si tabulæ testamenti nullæ exstabunt,* » Papinien suppose que l'aïeul a exhéredé son fils et omis son petit-fils issu de ce fils. Pendant que l'héritier institué délibère, le fils exhéredé prédécède. Deux hypothèses se présentent alors :

1<sup>o</sup> L'institué répudie l'hérédité.

Alors le petit-fils la recueillera *ab intestat*.

On'on ne dise pas qu'il sera héritier, mais non héritier sien.

Il sera héritier, parce qu'il est le plus proche au moment où il est devenu certain que l'aïeul est mort intestat, et il sera *suus*, parce qu'il est placé sous la puissance du testateur. S'il ne pouvait invoquer la qualité de *suus*, quelle est donc celle qu'il pourrait invoquer puisqu'il n'est pas agnat ?

2° L'institué fait adition.

Cette adition d'hérédité sera parfaitement valable et produira tout son effet. Peu importe que le petit-fils ait été omis ; il n'a jamais été placé sous la puissance immédiate du testateur, et la circonstance qu'il est devenu le plus proche au moment de l'adition d'hérédité n'occasionne pas la rupture du testament. Ainsi, ajoute le jurisconsulte, l'occupation du premier degré par le fils exhéredé à l'époque du décès de l'aïeul, cette occupation qui ne fait pas obstacle au petit-fils quand l'hérédité répudiée par l'institué s'est ouverte ab intestat, lui fait au contraire obstacle quand l'héritier institué a fait adition d'hérédité.

Il doit en être de même en matière de *querela* ; et il nous semble que, dans l'ordre d'idées où nous sommes placés, nous pouvons dire de la *querela inofficiosi testamenti* ce que Papinien, dans le texte précité, dit de la rupture du testament : « quare qui non obstat jure intestati jure testati videbitur obstulisse. »

Au point de vue de la succession prétorienne, le petit-fils, dans notre hypothèse, n'est pas plus favorablement traité. Si quelqu'un, en effet, institue pour son héritier, ou exhéredé le fils placé sous sa puissance, en omettant le petit-fils né de ce fils, le petit-fils n'aura pas la *bonorum possessio contra tabulas*, parce qu'il n'a jamais été héritier sien (1). Et la raison générale qui a dicté cette décision se trouve formulée en ces termes par Ulpien, dans la loi 1<sup>re</sup>, § 1<sup>er</sup>, *eadem titulo* : « Vocantur autem ad contra tabulas bonorum possessionem liberi eo jure eoque ordine quo vocantur ad successionem ex jure civili. » La *bonorum possessio contra tabulas* n'est accordée aux enfants que suivant le droit et d'après l'ordre de leur vocation à l'hérédité *ex jure civili*.

Il en résulte que la *bonorum possessio unde liberi* serait fermée au petit-fils dont il s'agit, tout aussi bien et au même titre que la

(1) Loi 1, § 1<sup>er</sup>, au *Dig.*, *De bon. poss. c. tabulas*.

*bonorum possessio contra tabulas.* Cette conséquence résulte de la loi 1<sup>re</sup>, § 5, au *Dig.*, « Si tabulæ testamenti, » ainsi conçue : « Rectè autem prætor à liberis initium fecit ab intestato successioneibus ; ut sicuti contra tabulas ipsis desert, ita et ab intestato ipsos vocet. »

Le petit-fils ne pouvait donc, dans notre espèce, recueillir la succession que dans l'ordre *undè cognati*. Mais ce titre était, la plupart du temps, frappé d'inefficacité, *sinè effectu*, comme le disait Paul du fils donné en adoption, alors qu'au décès de son père naturel il était encore *in adoptivâ familiâ*. — En effet, il voyait passer avant lui les agnats et tous les cognats d'un degré plus rapproché ; aussi Justinien, dans la loi 34, au Code, *De inofficioso testamento*, a-t-il pu dire avec exactitude, sinon en théorie, du moins en fait : « Omne adiutorium nepotem derelinquit, » puisque ce petit-fils ne pouvait, avant lui, exercer la *querela* de son propre chef qu'en dernier lieu, dans l'ordre des cognats.

Que si maintenant l'on objecte les termes généraux dans lesquels se trouve conçu le principium de la loi 31, au *Dig.*, *De inoff. testam.*, on peut répondre d'abord que ce texte ne doit pas rester isolé, et que l'assertion de Justinien sur l'état du droit antérieur nous force à combiner ce fragment avec la loi 14, au *Dig.*, *eodem titulo*, en le restreignant au cas où la dévolution s'opère d'un ordre à l'autre. On peut ensuite ajouter que, si cette restriction est nécessaire lorsqu'il s'agit d'une succession ordinaire, le principium de notre loi 31 reprend toute son élasticité dans le cas où il s'agit d'une succession régie par le sénatus-consulte Tertullien. — Alors, en effet, comme nous le savons, la succession ab intestat est, dans certaines circonstances, dévolue d'un degré à l'autre, et cette dévolution régit aussi la *querela inofficiosi testamenti*.

En résumé donc, du temps des jurisconsultes classiques, la dévolution de la *querela* s'opère d'un ordre à l'autre, et non d'un degré à l'autre. Justinien vient modifier cet état de choses, en établissant la dévolution d'un degré à l'autre, dans le cas où le fils exhéredé est mort pendant la délibération de l'héritier institué, laissant lui-même un fils, petit-fils du testateur. Mais, même sous l'empire de la loi 34, au Code, *De inoff. testam.*, les anciens principes reprennent leur application, si le fils exhéredé est mort après que l'institué a fait adition, sans avoir exercé la *querela* ou



après avoir succombé dans le procès qu'il a soulevé à cet égard. Cette différence entre l'hypothèse où le fils exhéredé meurt avant l'adition d'hérédité et celle où il décède à une époque postérieure s'explique du reste rationnellement. Dans le premier cas, sans nul doute, le droit à la *querela* a pris naissance à la mort du testateur, dans la personne de l'exhéredé. Mais, comme l'exercice de la plainte d'inofficiosité se trouve suspendu jusqu'à l'adition d'hérédité, l'exhéredé a été dans l'impossibilité absolue d'agir, et quand il est mort, avant que cette impossibilité ait cessé, il y a injustice à laisser sans aucune espèce de secours le petit-fils du testateur. — Lors, au contraire, que le fils a survécu au moment où l'institué a fait adition, il a pu exercer la *querela*, et s'il ne l'a pas fait, ou si, l'ayant intentée, il a succombé, l'on conçoit à la rigueur qu'on fasse supporter par son propre fils les conséquences de sa négligence ou de son ingratitude envers le défunt.

Quoique la dévolution d'un ordre à l'autre ait fini par triompher dans la doctrine des jurisconsultes romains, il ne faudrait pourtant pas abuser de cette règle. Qu'on suppose, par exemple, un testateur qui institue pour héritier son fils et passe son père sous silence. Il faudrait bien se garder de dire : Le fils, à raison de son institution, se trouve dans l'impossibilité d'exercer la *querela* contre lui-même, et comme l'on est dans l'hypothèse où la dévolution d'un ordre à l'autre a été reconnue, il s'ensuit que le père pourra se plaindre de son omission et la taxer d'injustice en attaquant le testament comme inofficieux. Cette manière de raisonner serait essentiellement vicieuse. Dans l'espèce proposée, il n'est pas possible que la *querela* compète au père. A quoi lui servirait-elle ? Si en l'exerçant il pouvait rendre le *de cujus* intestat, l'hérédité serait recueillie à ce titre par le fils institué.

Nous insistons sur ce point, parce qu'un texte mal interprété pourrait donner lieu à une pareille méprise. Dans la loi 31, § 1<sup>er</sup>, au *Dig., De inoff. testam.*, Paul nous dit : « *Quantum ad inofficiosi liberorum vel parentum querelam pertinet, nihil interest quis sit heres, ex liberis, an extraneis, vel municipibus.* » Au premier abord, on pourrait entendre ce fragment en ce sens que le père peut exercer la *querela* sans avoir à se préoccuper de la qualité de l'héritier institué, et qu'il peut indifféremment la diriger contre un

enfant du testateur, contre un étranger ou un municipo. Ainsi expliqué, ce texte renverserait de fond en comble la solution que nous avons donnée dans l'hypothèse posée ci-dessus. Mais cette explication heurte si violemment l'idée toute naturelle qui se présente spontanément à l'esprit quand on se demande si le père du testateur peut faire tomber, par la *querela*, le testament où ce dernier a institué son fils, qu'on est bien obligé de chercher un autre sens à la décision donnée par le jurisconsulte Paul. Voici quelle doit être la pensée de la loi 31, § 1<sup>er</sup>, précitée. La *querela* est-elle exercée par le fils du testateur ? Peu importe de savoir quel est l'héritier institué. Le demandeur triomphera tout aussi bien contre un autre des enfants du *de cuius* que contre un étranger ou un municipo. La *querela* compète-t-elle au père ? Peu importe encore de quelle qualité se trouve revêtu l'institué, simple particulier ou municipo, personne privée ou personne morale ; il sera soumis à la plainte d'inofficiosité. En un mot, le fragment de Paul doit être entendu, non dans un sens cumulatif, mais dans un sens distributif. Ce n'est pas là une conjecture purement divinatoire ; l'interprétation que nous donnons ici, après tant d'autres, est confirmée par le texte des *Basiliques* (livre xxix, titre 1<sup>er</sup>, n<sup>o</sup> 28), ainsi que par la scholie qui s'y rattache, et qui est conçue en ces termes : « Hoc « intellige, si liberi agunt de inofficioso, quippe pater filio herede « scripto non potest agere de inofficioso. »

De même, il n'y aura pas dévolution d'un ordre à l'autre, lorsque l'héritier du premier ordre aura sa légitime complète. Bien que, dans un cas pareil, cet héritier ne puisse intenter la *querela*, ce n'est pas une raison pour la donner à l'héritier de l'ordre subséquent. Le motif en est encore que la *querela* qui lui compéterait serait sans objet, puisqu'elle profiterait, non pas à lui, mais à l'héritier ab intestat du premier ordre.

## CHAPITRE IV

### DES PERSONNES CONTRE LESQUELLES S'EXERCE LA *querela*.

En principe, la *querela* s'exerce contre l'héritier institué, et après qu'il a fait adition d'hérédité. Avant cette époque, elle n'est pas possible, et nous avons vu que cela pouvait présenter des inconvé-

nients dans certains cas, par exemple, lorsque, pendant la délibération de l'*heres scriptus*, le fils exhéredé vient à mourir laissant lui-même un fils. Nous savons comment Justinien a corrigé sur ce point la rigueur de l'ancien droit.

Notons ici qu'à la différence de la *querela inofficiosi testamenti*, la *bonorum possessio contra tabulas*, du moins en thèse générale, et à l'exception du cas dans lequel elle est donnée, soit au patron contre le testament de son affranchi, soit à l'ascendant émancipateur *contracta fiducia* contre le testament de l'émancipé, se donne, non contre l'héritier institué, mais contre le testament lui-même, *contra ipsum lignum testamenti*; d'où il résulte qu'elle peut être demandée même avant l'adition.

Cette nécessité, imposée à l'héritier du sang d'attendre pour intenter la *querela* que l'*heres scriptus* ait fait adition d'hérédité, pouvant tenir les choses longtemps en suspens, Justinien, par une constitution qui forme la loi 36, § 2, au Code, *De inoff. testam.*, a fixé un délai dans lequel l'héritier institué doit forcément déclarer sa volonté. C'est un délai de six ou de douze mois, suivant que l'héritier du sang et l'*heres scriptus* habitent ou non la même province.

Il arrive quelquefois, mais ceci est exceptionnel, que la *querela inofficiosi testamenti* soit exercée contre d'autres personnes que l'héritier institué; par exemple, contre des personnes qui auraient obtenu soit une partie, soit la totalité de la succession, par la *bonorum possessio contra tabulas*. Les textes contiennent, de cette idée, deux applications très-remarquables. Voici la première :

Un père a exhéredé un fils en puissance et omis un autre fils émancipé. Dans la loi 20, *De bonorum possessione contra tabulas*, au Digeste, Tryphoninus se pose la question de savoir dans quelle limite l'émancipé pourra demander la *bon. poss. contra tabulas*.

Deux hypothèses sont possibles :

1° L'*heres scriptus* fait adition.

Alors l'exhéredation produit tout son effet, et l'émancipé peut demander, pour la totalité, la *bon. poss. c. tabulas*.

2° L'*heres scriptus* répudie l'hérédité.

En ce cas, la succession s'ouvre ab intestat, et pour le tout, au profit de l'héritier sien.

On ne peut argumenter contre lui de l'exhérédation, puisqu'elle est tombée comme toutes les autres dispositions du testament. C'est ainsi et pour la même raison qu'elle n'aurait pas empêché le *suus* de demander la *bon. poss. c. tabulas* pour faire tomber pour la moitié le testament des affranchis de son père. En conséquence, le *suus* est appelé à recueillir abintestat et *jure civili* la totalité de l'hérédité. Mais le préteur vient au secours de l'émancipé, au moyen de la *bon. poss. c. tabulas* pour la moitié.

Il résulte de là que l'*heres scriptus* va, pour ainsi dire, mettre aux enchères le parti qu'il prendra, et que sa répudiation ou son adition sera déterminée par les offres plus ou moins avantageuses que lui fera soit l'exhérédo, soit l'émancipé. Mais de même que, dans le cas d'une répudiation, le préteur permet à l'émancipé de recouvrer la moitié de la succession par la *bonorum possessio contra tabulas*, de même, en cas d'adition et lorsque l'émancipé se sera mis en possession des biens du défunt en qualité de *bonorum possessor*, l'exhérédo pourra intenter contre lui la *querela testamenti inofficiosi*, et obtenir, s'il triomphe, la moitié du patrimoine héréditaire.

Dans la loi 16, § 1<sup>er</sup>, au *Dig., De inoff. testamento*, le jurisconsulte Papinien fait une autre application des mêmes idées. Un émancipé a exhérédo sa fille et omis le père émancipateur *contracta fiducia*. Celui-ci a demandé et obtenu la *bon. poss. c. tabulas dimidie partis*. La fille exhérédoe pourra intenter la *querela inoff. testam.* : 1<sup>o</sup> contre l'*heres scriptus*; 2<sup>o</sup> contre le *parens manumissor*, sans que celui-ci puisse se prévaloir de la *bon. poss. c. tabulas*, attendu que la question soulevée par la *querela* est complètement différente de celle sur laquelle il a été déjà statué en faveur du père. Ainsi, la fille exhérédoe obtiendra la restitution de la totalité de l'hérédité.

Dans les cas qui précèdent, la *querela inoff. testamenti* a pour base une pétition d'hérédité directe. En effet, est-elle donnée contre l'*heres scriptus*? on peut dire, à la lettre, de celui-ci, qu'il possède *pro herede*. A-t-elle été exercée contre une personne mise en possession de la totalité ou d'une partie de l'hérédité au moyen d'une *bon. poss. c. tabulas*? on se trouve encore dans le courant des règles ordinaires qui gouvernent la pétition d'hérédité; car Ulpien, dans la loi 11, au *Dig., De hereditatis petitione*, nous dit : « sed

« enim et honorum possessor pro herede videtur possidere. »  
Mais il y a des hypothèses dans lesquelles la *querela inoff. testam.* aura pour base une pétition d'hérédité utile, parce qu'elle s'exercera contre un défendeur qui ne possédera ni *pro herede* ni *pro possessore*. Supposez que l'*heres scriptus* ait été, à titre de fidéicommissaire, chargé de restituer l'hérédité. La loi 1<sup>re</sup>, au Code, *De inoff. testam.*, rescrit des Empereurs Sévère et Antonin, décide que la *querela inoff. testam.* peut être donnée contre le fidéicommissaire. Mais cette constitution se sert d'expressions telles qu'il est impossible de ne pas voir au fond de la *querela* une *hereditatis petitio utilis*. Les Empereurs supposent qu'un fils veut attaquer, comme inofficieux, le testament de sa mère, et agir en ce sens contre celui qui actuellement détient l'hérédité en vertu du fidéicommissaire : « Non est iniquum, dicunt-ils, hoc ei accommodari ut perinde fideicommissarius testatur ac si pro herede aut pro possessore possideat. » Le verbe *accommodari* signifie un arrangement pris en dehors des règles ordinaires du droit, et les expressions du rescrit indiquent bien que c'est à l'aide d'une fiction seulement que l'on considère le fidéicommissaire comme possédant *pro herede* ou *pro possessore*. Du reste, cela est confirmé par la loi 13, § 5 et 6, au *Dig.*, *De hereditatis petitione*.

Maintenant, quelle est l'utilité pratique qui est venue déterminer soit les jurisconsultes, soit les Empereurs, à donner, dans notre hypothèse, une pétition d'hérédité utile, au lieu de se conformer aux règles ordinaires qui exigeraient l'application de la *rei vindicatio*? C'est que, le fidéicommissaire détenant la masse des objets héréditaires, il faudrait réclamer chacune de ces choses l'une après l'autre, et tourmenter le défendeur par une foule de petites revendications successives. C'est pour éviter un semblable résultat, *ne singulis judiciis vexeretur*, comme s'exprime la loi 13, § 4, au *Dig.*, *De hereditatis petitione*, que l'on a imaginé une *hereditatis petitio utilis*, c'est-à-dire un procédé capable d'embrasser dans une seule action toutes les petites actions qu'il aurait fallu successivement intenter.

Que si le fidéicommissaire a eu pour objet la restitution totale de l'hérédité, et que, pour se conformer à la volonté du testateur, l'*heres scriptus* ait exécuté la disposition en son entier, après avoir fait volontairement addition d'hérédité, ou bien qu'il n'ait pas eu le

droit de retenir le quart, parce qu'il a fait adition *jussu prætoris*, la *querela inoff. testam.* sera dirigée contre le fidéicommissaire tout seul.

Mais si l'*heres scriptus* a gardé ou touché quelque objet par suite de l'exécution du fidéicommis, il faudra distinguer entre le cas où il a été chargé de restituer *retentâ certâ quantitate*, et celui où il a été chargé de restituer *acceptâ certâ quantitate*. Dans la première hypothèse, la *querela inoff. testam.* pourra être exercée à la fois et contre le fidéicommissaire et contre l'*heres scriptus*; contre le premier, par les raisons que nous venons de voir; contre le second, parce qu'il possède des choses héréditaires *pro herede*. Dans la seconde hypothèse, la règle générale posée par Papinien, c'est que la *hereditatis petitio*, et nous disons, nous, la *querela inoff. testam.*, n'est possible que contre le fidéicommissaire seul. Que le fidéicommissaire, pour accomplir la condition qui lui était imposée, ait pris dans son patrimoine la somme nécessaire à cet effet, cette somme n'appartient et n'a jamais appartenu à l'hérédité; en conséquence, on ne peut dire que l'*heres scriptus* la possède *pro herede*. Cette règle générale comporterait exception, si la somme payée *conditionis implendæ gratiâ* l'avait été par un *statu liber*. Alors, en effet, cet argent appartiendrait à l'hérédité, et Sabinus faisait justement observer que l'*heres scriptus* le possédait *pro herede* (1).

Si l'*heres scriptus* a vendu l'hérédité prise en masse, on donnera contre l'acheteur une *querela inofficiosi testamenti utilis*, afin de lui épargner une foule de petites revendications successives. Seulement la plainte d'inofficiosité ainsi exercée sera, dans certains cas, repoussée par la *præscriptio quod præjudicium hereditati non fiat*.

La *querela testamenti inofficiosi*, étant une *hereditatis petitio* sous une forme spéciale, est gouvernée par les règles que nous venons d'exposer, quant aux personnes contre lesquelles elle peut être exercée.

La *querela* peut être exercée, non-seulement contre l'*heres scriptus*, mais encore contre ses propres successeurs. C'est ainsi qu'elle peut l'être contre le fisc, soit lorsqu'il est devenu l'héritier de l'*heres scriptus*, soit lorsqu'il est devenu l'*heres* du testateur lui-même. En pareille hypothèse, elle sera portée devant les agents du fisc (2).

(1) Loi 13, § 6, D., *De hereditatis petitione*.

(2) L. 10, C., *De inoff. testam.*

Mais elle ne se donne pas contre les légataires ni contre les fidéicommissaires à titre particulier. Toutefois, comme elle est de nature, ainsi que nous le verrons, à faire rescinder non-seulement l'institution d'héritier, mais encore les legs et les fidéicommissaires, ceux en faveur desquels existent de pareilles dispositions auront le droit d'intervenir dans l'instance pour veiller à la conservation de leurs droits. Bien plus, si le demandeur triomphe, et dans le silence même de *l'heres scriptus*, les légataires et les fidéicommissaires auront le droit d'interjeter appel, et si en première instance la question n'a pas été directement débattue entre eux et l'héritier du sang, elle le sera devant le deuxième degré de juridiction, où les demandeurs en appel figureront comme acteurs principaux.

---

## DEUXIÈME PARTIE

### CONDITIONS AUXQUELLES LA *querela* EST SOUMISE.

---

Dans ce qui va suivre, nous allons prendre pour point de départ cette idée que nous avons déjà eu occasion d'exprimer, que la *querela inoff. testam.* contient une *hereditatis petitio*, ou, pour mieux dire, qu'elle est elle-même une *hereditatis petitio* sous une forme particulière.

Il y a cependant des interprètes, tant parmi les anciens que parmi les modernes, qui soutiennent que la *querela inoff. testam.* et la *hereditatis petitio* sont deux choses complètement distinctes, que la première de ces deux actions est un moyen préjudiciel pour arriver à exercer la seconde. Si cette opinion était vraie, dans l'énumération des conditions auxquelles est soumis l'héritier ab intestat pour obtenir les biens de la succession, il faudrait énoncer cette règle, que l'héritier ab intestat doit commencer par faire tomber le testament comme inofficieux, et ensuite agir en pétition d'hérédité, suivant les formes ordinaires de cette dernière action, contre quiconque posséderait les biens de l'hérédité *pro herede* ou *pro posses-*

sore. Mais cette opinion doit être repoussée. En effet, la *querela inoff. testam.* est désignée dans les textes comme une *hereditatis petitio ex nomine de inofficioso constituta* (1). La loi 20, au *Dig., De inoff. testam.*, dit aussi formellement : « *actiones movere debet nec aliam ullam quàm hereditatis petitionem exercere.* » Enfin, l'hérédité, l'éviction des choses héréditaires, est signalée dans d'autres textes comme le but et le résultat de la *querela inoff. testam.* « *Hereditas petitur, evincitur, vindicatur* (2). » On objectera, il est vrai, que la *querela* peut être exercée par des *bonorum possessores*, c'est-à-dire par des personnes qui n'ont jamais eu la *hereditatis petitio*. Mais la réponse est facile ; nous ne prétendons nullement que la *querela* soit, dans tous les cas possibles, une *hereditatis petitio civilis*, et nous avons vu en effet des hypothèses dans lesquelles elle était donnée *utiliter*. De même, lorsqu'elle compètera à des successeurs prétoriens, nous dirons qu'elle renferme en elle-même une *hereditatis petitio possessoria*. Mais elle ne sera jamais distincte de la pétition d'hérédité, soit civile, soit prétorienne. On a dit aussi qu'elle était quelquefois attribuée au possesseur, c'est-à-dire à quelqu'un qui ne pourrait intenter la pétition d'hérédité, et l'on s'est fondé sur la loi 8, § 13, au *Dig., De inoff. testam.*, texte dans lequel on trouve la *querela* opposée sous forme d'exception par le possesseur, actionné en pétition d'hérédité par l'*heres scriptus*. Mais tout ce qui résulte de là, c'est que les mêmes faits qui peuvent servir de base à la *querela inoff. testam.*, lorsque l'héritier *ab intestat* ne possède pas et qu'il est obligé d'agir contre l'héritier institué, peuvent aussi lui servir à repousser, quand il possède, les poursuites de ce dernier.

Les conditions d'où dépend la *querela inoff. testam.* sont donc les mêmes pour la pétition d'hérédité qui se trouve contenue dans la *querela*, et il n'y a pas à cet égard de distinctions à faire.

(1) L. 21, C., *De inoff. testam.* — L. 20, pr., D., *De bon. poss. c. tabulas.*

(2) L. 8, § 8. — L. 17, pr. — L. 19. — L. 21, § 2. — L. 27, § 3. D., *De inoff. test.*, et L. 3, C., *De hereditatis petitione.*



PREMIÈRE CONDITION.

Il faut que l'héritier *ab intestat* ait été exhéredé ou omis.

La première de ces conditions, c'est que l'héritier *ab intestat* ait été exhéredé ou omis : exhéredé, lorsque ce sera un héritier sien; omis, lorsque ce sera, soit un enfant qui attaquera le testament de sa mère, soit un ascendant, soit un frère ou une sœur. Dans ce dernier cas en effet, l'omission équivaut à une véritable exhéredation. Nous n'ajouterons pas qu'il en est de même de l'hypothèse où un militaire a passé sous silence un *suis*; alors sans doute son testament est valable, et à ce point de vue il est vrai de dire que l'omission tient lieu de l'exhéredation. Mais nous savons d'un autre côté que les testaments des militaires sont, en vertu d'un privilège spécial, à l'abri de la *querela inoff. testam.*, et qu'ils ne peuvent être attaqués par cette action, même par un autre militaire.

DEUXIÈME CONDITION.

Il faut que l'exhéredation ou l'omission soit injuste.

Il faut, en second lieu, que l'exhéredation ou l'omission dont nous venons de parler soit injuste; en d'autres termes, qu'en exhéredant ou en omettant l'héritier du sang, le testateur ait manqué à l'*officium pietatis*.

Lorsque le juge aura une question semblable à examiner, l'on peut se demander s'il devra prendre en considération, non-seulement la conduite personnelle de l'héritier exhéredé ou omis envers le testateur, mais encore celle de son propre père. Du temps des jurisconsultes, l'affirmative n'était pas douteuse; seulement il s'opérait une espèce de compensation entre les reproches que pouvait avoir encourus celui qui exerçait la *querela* et ceux qu'on pouvait imputer à son auteur. « Nec enim, nous dit Ulpien, minus in hoc « nepote is qui de inofficioso cogniturus est merita nepotis quam « patris ejus delicta perpendet (1). » Le jurisconsulte Paul, suivant le témoignage de Justinien, était allé même jusqu'à décider que, dans le cas où celui qui attaquait le testament comme inofficieux était personnellement à l'abri de l'accusation d'ingratitude, il pou-

(1) l. 3, § 5, D., *De bon. poss. c. tabulas*.

vait être écarté néanmoins, à raison uniquement de la conduite tenue par son père vis-à-vis du *de cuius*, par exemple, de sa mère. Mais Justinien, dans la loi 33, au *Digeste, De inoff. testam.*, répudie cette opinion de Paul, et décide formellement que désormais, pour écarter la *querela inofficiosi testamenti*, le juge devra se fonder seulement sur des motifs personnels à l'héritier exhéredé ou passé sous silence.

La doctrine en vigueur du temps des jurisconsultes peut seule expliquer comment il se fait, que les postumes eussent quelquefois à intenter la plainte d'inofficiosité; car il est de toute évidence que personnellement ils n'avaient mérité ni leur exhéredation ni leur omission.

Il y a des cas exceptionnels dans lesquels on ne peut accuser le testateur d'avoir violé l'*officium pietatis*, et dans lesquels cependant, pour éviter une exclusion injuste, on admettra l'exercice de la *querela inofficiosi testamenti*. Ainsi, une mère, dans la croyance où elle était que son fils était mort, l'a passé sous silence, et a institué pour héritier un étranger. La loi 27, § 4, au *Digeste, De inofficioso testamento*, décide que le testament maternel peut être attaqué comme inofficieux. Nous supposons, avec le texte, que l'héritier institué était une personne étrangère à la famille; que si la testatrice avait choisi pour héritiers d'autres enfants, on serait venu au secours de celui qu'elle a omis par une autre voie, au moyen d'un *jus ad crescendi ad certam portionem*, introduit à l'imitation de celui qui est concédé à la fille ou au petit-fils placé sous la puissance du testateur et que celui-ci a passé sous silence. C'est la décision donnée par les Empereurs Septime Sévère et Antonin Caracalla, à propos d'une mère qui était morte après avoir institué pour héritiers deux enfants qu'elle avait à l'époque de la confection de son testament, et peu de temps après la naissance de son troisième enfant. (Voir loi 3, au Code, *De inofficioso testamento*, et Paul, *Sentences*, liv. iv, tit. v, § 2.)

Au reste, avant Justinien, les causes d'exhéredation ou d'omission n'avaient pas été législativement déterminées. Elles étaient complètement abandonnées à l'appréciation du juge, qui, en règle générale, ne maintenait le testament que si elles présentaient un caractère de sérieuse gravité. Toutefois, dans l'hypothèse particulière où

l'héritier du sang qui avait été omis était un frère ou une sœur, cette latitude d'appréciation n'existait pas. L'injustice de l'omission pouvait résulter de la circonstance seulement qu'on avait préféré au frère ou à la sœur une « *persona infamiæ vel turpitudinis vel levis notæ maculâ adspersa* (1). » Dans cette constitution de Constantin, l'*infamia* est l'*infamia juris*, la *turpitudō* est l'*infamia facti*; quant à la *levis nota*, c'est une tache imprimée au caractère de l'institué, et résultant, non pas seulement d'une véritable dépravation, mais bien encore de toute manière de vivre honteusement. C'est ainsi que Théophile, dans sa paraphrase sur le § 1<sup>er</sup> des *Institutes*, *De inofficioso testamento*, cite à titre d'exemple les *aurigæ*, les *mimi*, les *venatores, seu bestiarii*. (Voir aussi la loi 3, au Code Théodosien, *De inofficioso testamento*.)

Maintenant l'exception que nous venons de signaler est-elle une innovation de l'empereur Constantin, ou bien, dans la loi 27, au Code, *De inoff. testam.*, ce prince n'a-t-il fait que consacrer une dérogation admise déjà par les anciens jurisconsultes? Ce qu'il y a de certain, c'est qu'il en est question dans deux textes du *Digeste*: 1<sup>o</sup> dans un fragment d'Ulpien, qui forme la loi 24, au *Dig.*, *De inoff. testam.*; 2<sup>o</sup> et dans un fragment de Paul, qui forme la loi 31, § 1<sup>er</sup>, *codem titulo*. Dans le premier de ces textes, Ulpien suppose que c'est un frère qui attaque comme inofficieux le testament de son frère prédécédé, et que, divers héritiers ayant été institués, il succombe contre les uns et triomphe contre les autres, parce qu'ils sont *diversi juris*, c'est-à-dire parce que les uns sont des personnes honorables, et que les autres sont des *turpes personæ*. Dans la deuxième de ces lois, Paul fait plutôt allusion à l'état de choses que nous signalons qu'il ne l'établit d'une manière bien formelle. « En ce qui touche, dit-il, la *querela*, qui appartient soit aux enfants, soit aux ascendants, peu importe le point de savoir quel est l'héritier institué; peu importe que ce soit un enfant, un étranger ou un municpe. » D'où il résulte bien à *contrario*, que la personne de l'institué n'est pas indifférente en ce qui touche la *querela inoff. testam.* dévolue aux frères et sœurs. Donc, pour décider que la particularité relative à ces derniers a été introduite par Constantin, il faudrait admettre que les textes des

(1) L. 27, C., *De inoff. testam.*

deux jurisconsultes précités ont subi une interpolation, et cela n'est nullement démontré (1).

Quoi qu'il en soit, il nous reste, pour épuiser ce sujet, à nous demander quel est celui des deux contendants qui est chargé de l'*onus probandi*. Dans la théorie des anciens jurisconsultes, on parlait de l'idée que, le fardeau de la preuve incombant au demandeur, c'était l'héritier ab intestat qui, exerçant la *querela inoff. testam.*, devait démontrer l'injustice de son exhérédation ou de son omission (loi 3 et loi 5, au *Dig., De inoff. testam.*). A partir du règne de Constantin, et suivant la loi 28, au Code, *De inoff. testam.*, une distinction est établie entre les enfants et les ascendants. Les premiers restent soumis à l'empire des premières règles; quant aux seconds, ils sont dispensés de prouver que leur exhérédation ou leur omission a été injuste. C'est à l'*heres scriptus* à faire la preuve contre eux qu'ils ont été justement exhérédés ou omis.

#### TROISIÈME CONDITION.

La *querela* n'est admise qu'à défaut de tout autre moyen.

La *querela inofficiosi testamenti* ayant pour but de faire considérer le testateur comme n'ayant pas été sain d'esprit à l'époque de la confection du testament, et étant par là même injurieuse pour sa mémoire, n'a été admise que comme *ultimum remedium*, comme une de ces ressources extrêmes auxquelles on n'a recours qu'à défaut de toute autre voie de droit. De là les jurisconsultes avaient conclu qu'elle ne pouvait être exercée que dans le cas où l'héritier du sang ne pouvait arriver à obtenir par aucun autre moyen, soit la totalité, soit une partie de la succession. Ainsi, la troisième condition pour que le testament puisse être attaqué comme inofficieux, c'est que l'accès de l'hérédité se trouve complètement fermé au successeur ab intestat, s'il ne fait tomber le testament par la *querela*. Voici les applications de cette idée générale.

L'enfant mâle du premier degré, placé sous la puissance immé-

(1) M. Du Caurroy est d'un avis contraire; une interpolation dans l'un et l'autre texte lui paraît facile et probable. (T. 1<sup>er</sup>, n° 619.)

diate du testateur, et revêtu, à ce titre, de la qualité d'héritier sien, ne peut, quand il a été omis, intenter la plainte d'inofficiosité. En effet, il peut enlever la succession à l'*heres scriptus* par une voie de droit ordinaire, soit que l'on se place au point de vue du droit civil, soit que l'on se place au point de vue du droit prétorien. D'après le droit civil, le testament est nul *ipso jure*, et, en conséquence, le *suus* peut exercer la pétition d'hérédité ab intestat ordinaire. D'après le droit prétorien, il a la *bonorum possessio contra tabulas*; nous disons la *bonorum possessio contra tabulas*, et non pas la *bonorum possessio unde liberi*, bien que ce soit cette dernière au premier abord qui paraisse ouverte. En effet, les héritiers siens ont la *bonorum possessio contra tabulas*, toutes les fois que le testament est susceptible de produire un effet d'après l'édit du préteur. Or, l'édit ne se préoccupe pas de la question de savoir si le testament est nul *jure civili*, mais s'il est valable *jure prætorio*, et dans le cas où il est revêtu du cachet des sept témoins, cela suffit pour que l'institué puisse demander et recevoir la *bonorum possessio secundum tabulas*, pourvu que le *suus* ne se plaigne pas.

Les filles, les petits-fils ou petites-filles, ou autres héritiers siens d'un degré ultérieur, ne pourront pas non plus faire rescinder, comme violant l'*officium pietatis*, le testament de leur père ou de leur aïeul, parce qu'ils ont le *jus ad crescendi ad certam portionem*.

Les émancipés qui ont été omis n'ont pas droit à la *querela*, parce qu'ils peuvent faire tomber le testament par la *bonorum possessio contra tabulas*, s'il s'agit d'enfants mâles du premier degré, et s'il s'agit de filles ou de petits-fils, obtenir, au moyen de la *bonorum possessio contra tabulas*, ce qu'ils auraient obtenu en vertu du *jus ad crescendi ad certam portionem*, à supposer qu'ils fussent restés sous la puissance du testateur, et cela, par la combinaison du droit prétorien avec la constitution d'Antonin le Pieux.

L'impubère, qui s'est donné en adrogation et qui a été exhéredé par l'adrogeant, peut obtenir, au moyen de l'action *familiæ eriscundæ* utile, ce qu'on appelle la quarte Antonine, sans qu'il y ait lieu de s'enquérir si l'exhéredation est juste ou injuste. En conséquence, le caractère d'*ultimum remedium* dont la *querela* se trouve revêtu s'oppose dans ce cas à l'exercice d'une pareille action.

En vertu du sénatus-consulte Sabinien, placé par Haubold entre

l'an 914 et l'an 922 de la fondation de Rome, sous le règne de Marc-Aurèle, lorsque le père de trois enfants mâles donne l'un d'entre eux en adoption, l'adopté a droit au quart de la succession; mais de la succession de qui? Sur ce point, il s'est élevé des difficultés entre les interprètes. Suivant Haubold, ce quart doit être pris sur les biens du père naturel; mais c'est le seul écrivain qui, à notre connaissance, ait adopté une pareille opinion. Elle est contraire au texte du § 14, aux *Institutes, De hereditatibus quæ ab intestato deferuntur*, et de plus, à la paraphrase de Théophile. Si le système professé par Haubold était vrai, l'enfant mâle donné en adoption *ex tribus maribus* n'aurait pas pu, dans les cas que nous avons eu le soin de déterminer, exercer contre le testament de son père naturel la *querela inofficiosi testamenti*, puisqu'il aurait pu réclamer la quarte Sabinienne. Mais, dès le moment que cette quarte doit, comme nous le croyons, être prise sur les biens de l'adoptant, il n'y a pas lieu de s'en préoccuper au point de vue de la *querela*, puisque, aux termes du § 14 précité, l'adopté a bien droit ab intestat à la succession de l'adoptant, mais non dans le cas où l'adoptant a laissé un testament; car alors l'adopté n'a droit ni à la *querela*, ni à la quarte Sabinienne. Du reste, le sens et la portée du sénatus-consulte Sabinien sont jusqu'à présent restés à peu près lettre close pour les interprètes.

Il résulte de ce qui précède que le fils, institué héritier pour la totalité, ne peut attaquer le testament comme inofficieux, quand bien même l'hérédité se trouverait épuisée, soit par des legs, soit par des fidéicommiss; car, dans l'un comme dans l'autre cas, il peut retenir le quart de la succession, en exerçant le droit que lui confère la loi Falcidie ou le sénatus-consulte Pégasien (1).

Nous verrons, en nous occupant du calcul de la légitime, que la plainte d'inofficiosité peut, dans le dernier état du droit romain, être intentée, non-seulement contre le testament inofficieux, mais encore contre les donations inofficieuses. En l'an 286, les Empereurs Dioclétien et Maximien promulguèrent une constitution pour permettre au donateur lui-même et à ses héritiers d'obtenir la *in integrum restitutio* contre les donations qui présenteraient des propor-

(1) Paul, *Sentences*, l. IV, t. v, § 8; L. 8, § 9, D., *De inoff. testam.*

tions énormes comparativement au patrimoine, *ob improbabilem donationis enormitatem* (1). Le donateur ou ses héritiers avaient besoin de cette *in integrum restitutio* malgré les prescriptions de la loi *Cincia*. Cette loi prohibait bien les donations qui excédaient un certain taux, lequel nous est resté inconnu, mais on sait que c'était là une *lex imperfecta*, en ce sens qu'elle s'appliquait seulement *exceptionis ope*. De là il suivait que dans les hypothèses où la libéralité avait été exécutée, et où son auteur n'avait aucune espèce de moyen pour reprendre possession des objets donnés de telle sorte que le donataire n'eût pas à agir, la loi *Cincia* n'offrait au donateur aucune protection. De plus, lors même que le donateur était resté en possession, il pouvait encore se faire que les dispositions de la loi *Cincia* restassent complètement paralysées. Supposez en effet que le donateur soit mort sans avoir en aucune façon manifesté l'intention de révoquer sa libéralité. Sans doute le donataire devra dans ce cas exercer contre les héritiers du donateur l'action qui lui compète; mais *l'exceptio legis Cinciae*, qui lui sera dans ce cas opposée, pourra être paralysée par la *replicatio doli*. Enfin, la loi *Cincia* déterminait certaines catégories de personnes privilégiées, de *personæ exceptæ*, en faveur desquelles le donateur pouvait parfaitement excéder le taux légal. Dans toutes ces hypothèses donc, malgré la loi *Cincia*, le donateur ou ses héritiers pouvaient avoir besoin de faire tomber par la *in integrum restitutio* les donations qui, pour une raison ou pour une autre, ne tombaient pas sous l'application de cette loi, lorsqu'elles ne se trouvaient pas en rapport avec la fortune du disposant. Cela posé, cette *in integrum restitutio*, et la *querela inofficiosæ donationis*, présentaient toutes les deux cela de remarquable, que l'une et l'autre étaient considérées en elles-mêmes comme des remèdes extrêmes. La *querela inofficiosæ donationis* suivait à cet égard les règles de la *querela inoff. testam.*, et quant à la *in integrum restitutio ob improbabilem donationis enormitatem*, elle était, sous le même point de vue, traitée comme toutes les autres *in integrum restitutiones*. On se trouvait donc en présence de deux moyens, qui tous les deux ne se donnaient qu'à défaut de tout autre, et il avait

(1) L. 4, C., *De inofficiosis donationibus. Fragmenta Vaticana*, § 282.

fallu en conséquence décider lequel des deux serait préféré à l'autre. La *in integrum restitutio* dont nous venons de parler était préférée à la *querela inofficiosæ donationis*. Cela devait être. La *in integrum restitutio* ne présente aucun caractère d'irrévérence envers la mémoire du défunt. On se plaint seulement de ce que celui-ci n'a pas proportionné ses libéralités à la quotité de son patrimoine, tandis que la *querela inofficiosæ donationis* accuse le disposant d'avoir méconnu à l'encontre des héritiers du sang les devoirs de la piété, et par conséquent est de nature à jeter une sorte de flétrissure sur sa mémoire.

Nous avons dû mentionner ces particularités en étudiant les conditions auxquelles la *querela* est soumise; de telle sorte que, si nous voulions résumer dans une formule générale la condition dont nous venons de parler, nous dirions :

La *querela* n'est possible que dans le cas où l'héritier du sang ne peut recueillir, soit la totalité, soit une partie de la succession, par une voie de droit ordinaire.

Et en ce qui touche spécialement les donations inofficieuses, la *querela* n'est possible que si les héritiers du donateur ne peuvent les faire tomber par aucun moyen, et même par une voie extraordinaire, telle que la « *in integrum restitutio ob improbabilem donationis enormitatem.* »

La règle qui précède reçoit, en matière de testament, une exception remarquable. Lors, en effet, qu'un ascendant a émancipé son fils *contractâ fiduciâ*, et qu'il est omis dans le testament de ce dernier, il a, pour le faire tomber, le même moyen qu'un patron, savoir : la *bonorum possessio contra tabulas*. Il semblerait donc que, pouvant arriver à la succession par un autre chemin, il ne dût pas avoir la *querela inofficiosi testamenti*. Néanmoins, la *querela* lui compète, ainsi que cela résulte de la loi 1<sup>re</sup>, § 6, au Dig., *Si à parente quis...* Dans ce texte, Ulpien nous dit : « *Patrem autem, acceptâ contra tabulas bonorum possessione, et jus antiquum quod et sine manumissione habebat, posse sibi defendere Julianus scripsit; nec enim ei nocere debet quod jura patronatus habebat, cum sit et pater.* » L'anomalie qui résulte de ce fragment s'explique par les développements historiques du droit. Dans la législation romaine, il n'est pas rare de voir une ancienne institution persister



malgré l'institution nouvelle qui semblerait devoir la faire disparaître. C'est ce qui a eu lieu dans la matière dont nous nous occupons actuellement. Autrefois, l'ascendant émancipateur n'avait, pour faire tomber le testament de l'émancipé, que la *querela inoff. testam.*, soit que l'émancipation eût été faite *contractâ fiduciâ*, soit qu'elle se fût accomplie *sinè contractâ fiduciâ sinè manumissione*, comme dit le texte. Ce droit de l'ascendant émancipateur est celui qu'Ulpien appelle *jus antiquum*. Plus tard, lorsque le préteur eut introduit la *bon. poss. contrâ tabulas* au profit du patron, et contre le testament de son affranchi, en même temps qu'au profit de l'ascendant émancipateur avec contrat de fiducie, on laissa subsister au profit de ce dernier, et cela dans tous les cas, la *querela inoff. testam.* On ne voulut pas que cette ressource, qui lui était seule ouverte lorsque l'émancipation avait eu lieu *sinè contractâ fiduciâ*, lui fit défaut dans l'hypothèse inverse, sous le prétexte qu'il pouvait recueillir une partie de la succession au moyen de la *bon. poss. contrâ tabulas*.

#### QUATRIÈME CONDITION.

Il faut que le testateur n'ait pas laissé à ses successeurs *ab intestat* leur légitime.

Le testateur a le moyen d'écartier à l'avance l'accusation d'avoir violé *l'officium pietatis*, et de mourir avec la certitude que son testament ne sera pas attaqué : c'est de laisser aux héritiers qui auraient recueilli sa succession *ab intestat* une fraction de ce qu'ils auraient eu, s'il n'avait pas testé. Cette portion s'appelle *portio legitima*, et dans notre langage français, la *légitime*. La légitime peut donc être définie la portion de biens que le testateur est obligé de laisser aux héritiers du sang, s'il veut mettre son testament à l'abri de la *querela inofficiosi testamenti*. Ainsi, l'exercice de cette action se trouve par là même subordonné à cette autre condition, que le testateur n'ait pas laissé leur légitime à ses successeurs *ab intestat*.

L'étude de cette condition soulève les questions suivantes :

- 1° Quelle est la quotité de biens qui constitue la légitime ?
- 2° Quelles sont les opérations qu'il faut faire pour calculer la légitime ?
- 3° Lorsque le testateur n'a pas laissé la légitime aux héritiers du

sang, ou qu'il leur a laissé une légitime incomplète, quelles sont les conséquences d'une pareille omission?

Nous allons traiter chacune de ces questions sous trois sections différentes.

### Section 1<sup>re</sup>.

*Quelle est la quotité de biens qui constitue la légitime?*

Il faut distinguer à cet égard la législation des *Pandectes* et du *Code*, et la législation des *Novelles*.

Dans le système des *Pandectes* et du *Code*, la légitime n'est autre chose que le quart de la portion *ab intestat* : *quarta pars legitimæ portionis* (1).

Cujas (*Obs.*, l. III, ch. 8), a soutenu que cette quarte avait été législativement introduite par une constitution de Marc-Aurèle. Mais il est certain qu'elle existait à une époque antérieure et sous le règne de Trajan. Cela résulte du passage suivant, emprunté à une lettre de Pline le Jeune : « Sufficere tibi debet, si exheredatus à matre quartam partem ex hereditate ejus accipias. » Suivant nous, la quarte est, comme la *querela* elle-même, une création de la jurisprudence, et l'idée en a été fournie aux juriconsultes par la quarte Falcidie, qu'un plébiscite, nommé *lex Falcidia*, vint introduire dans les dernières années de la République, en l'an 714 de la fondation de Rome (38 ans avant J.-C.).

Dans sa Nouvelle 18, chapitre 1<sup>er</sup>, Justinien est venu changer la quotité de la légitime. Il a pris pour point de départ la distinction entre le cas où le *de cuius* a laissé quatre enfants ou un moins grand nombre, et celui où il a en a laissé cinq ou davantage. Dans la première hypothèse, il fixe la légitime au tiers de la portion *ab intestat*; dans la seconde, à la moitié de la même portion.

Cette théorie conduit, il faut l'avouer, à un résultat bizarre. En effet, lorsqu'il y aura quatre légitimaires, la légitime de chacun d'eux sera d'un douzième, tandis qu'elle serait d'un dixième s'il y en avait cinq. En d'autres termes, la légitime est plus forte quand le nombre des légitimaires est plus grand.

(1) *Institutes* de Justinien, l. II, t. XVIII, § 3.— l. 8, § 8, D., *De inoff. testam.*, et l. 31, C., *eodem titulo*.

Le chapitre de la Nouvelle se termine par la phrase suivante : « Hoc observando in omnibus personis in quibus ab initio antiquæ quartæ ratio de inofficioso lege decreta est. » Malgré cela, une controverse a surgi parmi les interprètes sur le point de savoir si l'élévation de la réserve, telle que nous venons de la faire connaître, s'applique exclusivement aux descendants, ou bien si elle s'applique à tous les légitimaires en général, et, par conséquent, aux ascendants et aux frères et sœurs, tout aussi bien qu'aux descendants. La négative a été soutenue, parmi les anciens, par Vinnius sur le § 3, aux *Institutes, De inofficioso testamento*, et l'est encore par certains interprètes modernes. Ces auteurs contestent la portée absolue de la phrase que nous venons de transcrire, en la restreignant aux descendants d'un degré plus éloigné que celui d'enfants. Ils se fondent sur les motifs invoqués par Justinien dans la préface de sa Nouvelle. L'Empereur ne dit-il pas, en effet, qu'il est frappé de voir les descendants de personnes riches tomber dans le besoin sous l'empire de la législation des *Pandectes* et du *Code*. Ils ajoutent que, dans la Nouvelle 66, Justinien rappelle à diverses reprises que, dans la Nouvelle 13, il a élevé la légitime des enfants, sans faire allusion, soit de près, soit de loin, à une élévation analogue en ce qui touche la légitime des ascendants ou des frères et sœurs.

Toutes ces considérations nous paraissent loin d'être décisives, et nous pensons, au contraire, que Justinien a changé la légitime des ascendants et des frères et sœurs, tout aussi bien que celle des enfants et descendants. Interprétée sagement, la phrase qui termine le chapitre 1<sup>er</sup> de la Nouvelle 18, n'a pas la signification restreinte qu'on a prétendu lui donner. Quant aux raisons qui peuvent avoir déterminé Justinien à changer, sous le rapport de la légitime, l'état antérieur du Droit, nous convenons qu'il les a puisées dans les résultats fâcheux qui se produisaient, sous l'empire de la législation antérieure, à l'égard des descendants des familles riches. Mais ce n'est pas un motif pour en conclure qu'il n'a pas entendu profiter de cette circonstance pour augmenter la légitime des autres héritiers qui ont droit à la *querela*, et si les considérations invoquées par l'Empereur ont été l'occasion de la Nouvelle, elles n'en constituent pas la raison. En ce qui touche le silence qu'il garde, dans la Nouvelle 66, sur les légitimaires autres que les enfants et descen-

da. Is, l'induction qu'on a cherché à en tirer est combattue par d'autres raisons non moins puissantes. C'est ainsi que, dans la Novelle 89, chapitre 12, Justinien, parlant de la légitime des ascendants, nous dit : « *Quam lex et nos constituimus.* » S'exprimerait-il ainsi, s'il n'avait pas innové à l'état antérieur des choses pour la légitime des ascendants et des frères et sœurs? Notre opinion a pour elle l'autorité du scholiaste des *Basiliques*, qui s'appuie précisément sur la Novelle 89, chapitre 12, pour établir le système que nous venons d'exposer.

En faisant connaître la législation des *Novelles* sur la quotité de la légitime, nous avons toujours supposé qu'il s'agissait d'héritiers du premier degré, qui auraient pu venir à la succession ab intestat, sans le secours de la représentation. Mais voyons comment se déterminera la quotité de la légitime appartenant aux petits-enfants issus de fils prédécédés. Ainsi, par exemple, le *de cuius* a laissé un petit-fils né d'un fils prédécédé, et quatre petits-fils issus d'un autre fils également prédécédé. Si les descendants dont il s'agit étaient au premier degré et venaient de leur chef, attendu qu'ils sont au nombre de cinq, la légitime serait de la moitié de la portion ab intestat. Mais comme ils sont appelés à la succession en vertu de la représentation, il faudra traiter les choses de la même manière que si les deux fils prédécédés vivaient encore, et subdiviser ensuite la légitime ainsi fixée par portions égales entre les membres de chaque souche. Or, si les deux fils prédécédés étaient encore vivants, leur portion ab intestat eût été de la moitié de l'hérédité pour chacun, et leur légitime du tiers de cette moitié, c'est-à-dire un sixième. Ce sera ce sixième qui sera dévolu en entier à la souche où l'on ne rencontre qu'un petit-fils, et pareil sixième qui se partagera entre les héritiers de la souche où se trouvent quatre petits-fils.

Ce système n'est pas unanimement adopté, surtout en Allemagne. Mais il nous paraît le plus simple, d'abord en ce qu'il est l'application des principes généraux qui régissent la représentation, ensuite parce qu'il évite les complications et les résultats tout à fait arbitraires qui se produisent dans les autres méthodes de répartition.

Ainsi, M. de Vangerow raisonne de la manière suivante :

Le système adopté par Justinien sur la quotité de la légitime

consiste à réduire la légitime dans le cas où la portion ab intestat est grande, et à l'élever lorsque cette part est petite. C'est par suite de cette idée que la légitime est du tiers de la portion successive, quand cette partie est égale ou supérieure au quart de l'hérédité, et de la moitié, lorsque cette part est égale ou inférieure à un cinquième. En conséquence, dans l'hypothèse proposée, la légitime qui revient aux petits-fils doit être calculée de deux manières différentes, suivant qu'il s'agit de déterminer celle qui doit être attribuée au petit-fils qui est seul de sa souche, ou qu'il s'agit de fixer celle des quatre petits-fils de l'autre souche. Le premier, venant ab intestat, aurait eu la moitié de l'hérédité, et cette part étant supérieure au quart, il doit en avoir le tiers à titre de légitime, à savoir un sixième. Quant aux quatre petits-enfants de la deuxième souche, leur portion ab intestat serait d'un huitième du patrimoine tout entier, c'est-à-dire inférieure à un cinquième, d'où il résulte qu'ils doivent avoir la moitié de cette même portion, c'est-à-dire chacun un seizième de toute la fortune.

Cette doctrine ne nous paraît pas fondée. Dès le moment, en effet, que la légitime est une portion de la part ab intestat, et que, dans le cas de la représentation, cette part est déterminée par le nombre de souches, c'est aussi par le nombre de souches que doit être déterminée la légitime. Procéder autrement, fixer la portion ab intestat en donnant pour quotient à la division de l'hérédité le nombre de souches, et puis, pour fixer la légitime, prendre en considération le nombre des représentants, comme s'ils venaient de leur chef, c'est avoir deux poids et deux mesures. Les quatre petits-fils de la même souche ne peuvent avoir, à titre de légitime, autre chose que le petit-fils de l'autre souche, puisqu'ils représentent leur père comme il représente le sien.

La quotité de la légitime étant ainsi déterminée, soit d'après l'ancien, soit d'après le nouveau droit, il faut examiner si elle doit être fixée d'après le nombre des héritiers légitimes qui existent à l'époque du décès, ou bien si, pour la calculer, il faut faire abstraction de ceux qui ont été justement exhéredés ou de ceux qui ont renoncé à la *querela inofficiosi testamenti*. En d'autres termes, ceux que le testateur a eu de justes motifs pour écarter de sa succession, ou ceux qui ont renoncé à faire tomber le testament, doivent-ils

compter à l'effet de diminuer la légitime des autres, ou bien faut-il les négliger pour le calcul de cette légitime?

Cette question se présente et dans l'ancien droit romain et dans le droit de Justinien.

Dans la doctrine des jurisconsultes du *Digeste*, il nous paraît clair que la légitime de chacun était invariablement fixée d'après l'état de la famille au moment du décès, et abstraction faite des événements ultérieurs. Tel est, croyons-nous, le sens de la loi 8, § 8, au *Dig., De inoff. testam.*, que nous transcrivons: « Quoniam  
« autem quarta debitæ portionis sufficit ad excludendam querelam,  
« videndum erit, an exheredatus partem faciat, qui non queritur;  
« ut putà sumus duo filii exheredati? et utique faciet, ut Papi-  
« nianus respondit, et si dicam inofficiosum, non totam here-  
« ditatem debeo, sed dimidiam petere. Proinde si sint ex duobus  
« filiis nepotes, ex uno plures, tres puta, ex uno unus; unicum  
« sescuncia, unum ex illis semuncia querelam excludit. »

Le testateur, qui avait deux fils sous sa puissance, les a exhéredés tous les deux, en laissant à l'un d'entre eux quelque chose à titre de légitime. Celui qui n'a rien reçu, et qui pourrait exercer la *querela*, y renonce. Faudra-t-il le compter lorsqu'il s'agira de savoir si ce qu'a reçu son frère forme ou non la légitime de ce dernier?

Le jurisconsulte décide que l'exhéredé qui renonce à la *querela* doit, malgré cette renonciation, être compté pour le calcul de la légitime de son frère.

Cette solution nous paraît contenue dans ce passage du fragment:  
« Et utique faciet, ut Papinianus respondit. »

Le jurisconsulte l'applique à l'hypothèse où le testateur a laissé trois petits-fils issus d'un fils prédécédé, et un autre petit-fils issu d'un autre fils également prédécédé. Il décide que le dernier ne pourra réclamer à titre de légitime qu'un huitième, chacun des trois autres un vingt-quatrième, et que cela suffira pour exclure la *querela inofficiosi testamenti*.

Des objections peuvent cependant être présentées contre l'interprétation que nous venons de donner à la doctrine des anciens jurisconsultes en ce qui touche le calcul de la légitime. Le premier texte qui, au premier abord, peut nous être opposé est la loi 17, au *Dig., De inoff. testam.*: « Qui repudiantis animo, » dit le jurisconsulte

Paul, « non venit ad accusationem inofficiosi testamenti, partem  
« non facit his qui eandem querelam movere volunt. » Et le se-  
cond fragment qu'on pourrait invoquer dans le même sens est la  
loi 23, § 2, au *Dig., De inoff. testam.* « Si duo sint filii exheredati, »  
dit le même jurisconsulte, « et ambo de inofficioso testamento  
« egerunt, et unus postea constituit non agere, pars ejus alteri ad-  
« crescit; idemque erit et si tempore exclusus sit. »

Mais, dans ces deux lois, il n'est pas le moins du monde question  
du calcul de la légitime. On y suppose que deux fils du testateur  
ont été exhérédés et peuvent exercer la *querela*. L'un d'eux répudie  
cette action, et l'on se demande si l'autre pourra l'intenter pour la  
totalité, ce qui est tout autre chose. En effet, si la légitime n'avait  
pas été invariablement fixée au décès du testateur, si elle avait pu  
varier suivant les circonstances ultérieures, le testateur n'aurait  
jamais su ce qu'il devait laisser à chacun des légitimaires, et serait  
toujours mort dans l'incertitude sur le maintien de ses dispositions  
testamentaires. Lors, au contraire, qu'il avait exhérédé ses deux en-  
fants, comme dans l'hypothèse proposée, et qu'il avait manqué à  
*l'officium pietatis* envers tous les deux, ou envers l'un d'entre eux  
seulement, il n'avait qu'à s'imputer à lui-même la rescision de son  
testament, quoiqu'il n'y eût que l'un des exhérédés qui exerçât ou  
pût exercer la plainte d'inofficiosité. Ajoutons qu'en thèse générale  
nul ne pouvait mourir partie testat, partie intestat. Et si, comme  
nous le verrons, il y avait certains cas déterminés dans lesquels, en  
matière de *querela*, on avait admis des exceptions à cette règle fon-  
damentale, c'est que, dans ces hypothèses diverses, la rescision  
partielle du testament était la suite d'événements ultérieurs qu'il  
n'avait pas été possible au testateur de prévoir. Mais, dans l'espèce  
qui nous occupe, puisque le *de cujus* a violé *l'officium pietatis* à  
l'égard de l'un au moins de ses enfants, Paul avait maintenu le  
principe que nul, s'il n'est militaire, ne peut mourir partie testat,  
partie intestat. Et tel serait pourtant le résultat qui se serait produit,  
si l'un des exhérédés, succombant dans l'exercice de la *querela* ou y  
renonçant en ce qui le concerne, l'autre n'avait pu faire tomber le  
testament que pour sa part.

Le mode de calcul de la légitime a-t-il changé sous Justinien?  
Nous verrons que, sous ce prince, quand la légitime n'est pas com-

plète, il y a lieu non plus à la *querela*, mais à une action en complément, et que le germe d'une pareille innovation se trouve dans une constitution de Constantin, qui l'avait admise sous certaines restrictions. Dans ce système, il n'y avait plus pour le testateur le même inconvénient qu'auparavant à faire dépendre la légitime des variations ultérieures dans le droit des légitimaires, puisque, à supposer une erreur de sa part dans ce qu'il laissait aux héritiers du sang, cette erreur ne pouvait jamais aboutir à une rescision du testament. Néanmoins, il lui importait encore d'être fixé à cet égard, afin d'éviter, après son décès, des contestations entre l'*heres scriptus* et l'héritier du sang. Aussi, ni dans la législation du *Code* ni dans celle des *Novelles*, nous ne trouvons de changement à la doctrine des anciens jurisconsultes sur la fixation de la légitime. Dans ses *Institutes*, au § 7 du titre *De inoff. testam.*, Justinien nous dit : « Quod autem de  
« quartâ diximus ita intelligendum est ut sive unus fuerit sive plures  
« quibus agere de inofficioso testamento permittitur, una quarta  
« eis dari possit, ut pro ratâ eis distribuatur, id est pro virili por-  
« tione quarta. » Ainsi, dans le système en vigueur à l'époque de la promulgation des *Institutes*, la légitime est toujours une fraction de la portion virile ab intestat. Elle est toujours fixée en égard au nombre des parents qui auraient droit de succéder ab intestat, abstraction faite de ceux qui renoncent ou qui sont justement exhéredés. Lorsque, en 537, Justinien a élevé la quotité de la légitime, non-seulement dans les *Novelles* qu'il a rendues à cet égard, il n'a rien changé à l'ancien mode de répartition de la légitime, mais encore il s'est formellement exprimé sur le caractère purement individuel de la légitime :  
« Hæc nos moverunt corrigere legem, et non eam despiciere semper  
« erubescentes; talique modo determinare causam ut si quidem  
« unius est filii pater aut mater, aut duorum, vel trium, vel quatuor;  
« non triuncium eis relinqui solum, sed etiam tertiam propriæ  
« substantiæ partem, hoc est, uncias quatuor; et hanc esse desi-  
« nitam mensuram usque ad prædictum numerum. Si verò ultra  
« quatuor habuerunt filios, mediam eis totius substantiæ relinqui  
« partem, ut sexuncium sit omninò quod debetur. » Jusqu'à présent, l'Empereur fixe la légitime prise en masse, mais il termine en disant : « Singulis ex æquo quadriuncium vel sexun-  
« cium dividendo. » Voilà bien la répartition individuelle de



la légitime opérée *pro numero virorum*, suivant les principes de l'ancien droit, et sans avoir égard aux renonciations ou aux exhéredations ou omissions méritées. (Nov. 18, chap. 1<sup>er</sup>.)

Dans la Nouvelle 92, chap. 1<sup>er</sup>, Justinien s'occupe de la réduction des donations excessives, et il dit : « Volumus, ut si quis donationem immensam in aliquem aut aliquos filiorum fecerit, necessarium habeat in distributione hereditatis, tantam unicuique filiorum servare ex lege partem, quanta fuit priusquam donationem pater in filium aut filios, quos ea honoravit faceret. » L'Empereur suppose qu'une donation excessive a été faite à l'un des enfants de *de cuius*, ar ce dernier. Dans cette hypothèse, chacun des autres enfants doit avoir la légitime qu'il aurait eue si la libéralité n'avait pas eu lieu ; et cette légitime est fixée individuellement par rapport à chacun des fils, *unicuique filiorum*. De là il faut tirer une conséquence très-importante, c'est que l'enfant avantagé gardera le bénéfice de ce qui excède le tiers ou la moitié réservée aux enfants à titre de légitime, en venant lui-même prendre sa part dans cette réserve, et il faut encore décider qu'il prendra cette part, lors même qu'il renoncerait à la succession. En effet, dès le moment que chacun des autres fils a sa légitime complète, et ils l'ont dans le système de répartition adopté, peu leur importe que l'enfant donataire garde même, en renonçant, ce qui dans la libéralité constitue sa part de réserve ; c'est du reste la décision formelle de la Nouvelle 92, chap. 1<sup>er</sup>.

Lorsque nous nous occuperons de déterminer ce qui doit être imputé sur la légitime, nous verrons que Justinien, innovant en ce point à l'ancien droit, décida que le testateur ne pourrait plus désormais laisser leur légitime aux héritiers du sang au moyen d'un legs, d'un fidéicommiss, d'une donation, si d'ailleurs il ne satisfaisait à une question d'amour-propre en les décorant du titre d'héritiers (Nov. 115, ch. 3). Cela étant posé, la question qui se présente est celle de savoir où ira la part de celui des enfants qui renoncera, après avoir été institué héritier, si d'ailleurs il n'a pas reçu d'autre libéralité. Il faut à cet égard distinguer. Si les autres enfants ont été institués héritiers purement et simplement, et sans désignation spéciale d'un objet déterminé, la part du renonçant leur accroîtra tout aussi bien qu'aux héritiers étrangers, et en con-

séquence cette part viendra augmenter la légitime qu'ils auront reçue en qualité d'héritiers. On pourrait croire au premier abord qu'il y a là une abrogation des anciennes règles sur l'invariabilité de la légitime, une fois fixée d'après le nombre des parents existants à l'époque du décès. Mais ce n'est là qu'une fausse apparence. Si la quotité de la légitime appartenant aux autres enfants se trouve ainsi augmentée par suite d'une renonciation ultérieure de la part de leur frère, ce n'est pas le moins du monde parce que la légitime ne se calcule plus individuellement, mais en bloc, c'est parce que telle a été la volonté du testateur, qui, en instituant ses enfants pour héritiers au même titre que des étrangers, a eu dans la pensée que, comme ces derniers, ils profiteraient du droit d'accroissement. Que s'il les avait institués *in re certa*, la même volonté ne pouvant plus être invoquée, la part du renonçant accroîtrait uniquement aux étrangers institués purement et simplement, et l'action en complément de la légitime n'appartiendrait nullement aux enfants qui ont accepté, si d'ailleurs l'objet certain qui leur a été laissé à titre d'héritier les remplissait de leur réserve, calculée toujours par rapport à chaque individu, et non en masse.

## Section II.

*Quelles sont les opérations qu'il faut faire pour calculer la légitime ?*

Ces opérations sont au nombre de quatre :

- 1° Estimation du patrimoine héréditaire;
  - 2° Déductions;
  - 3° Réunion fictive à la masse de certains biens qui ne sont plus dans la succession ;
  - 4° Imputations diverses sur la légitime.
- Reprenons successivement ces opérations.

### § 1<sup>er</sup>.

*Estimation du patrimoine héréditaire.*

Il faut estimer les biens laissés par le défunt en se reportant à l'époque du décès : « *Mortis tempore inspicitur,* » dit la loi 6, au *Code, De inofficioso testamento.*

## § II.

### *Déductions.*

L'estimation précédente une fois faite, on en déduit :

- 1° Les dettes ;
- 2° Les frais funéraires ;
- 3° Et la valeur des esclaves affranchis.

On suit, comme on le voit, les règles tracées pour le calcul de la Falcidie ; et il y a là une preuve nouvelle que la quarte légitime n'était autre chose qu'une imitation de la quarte Falcidie introduite par la jurisprudence.

Par suite de ce principe, en vertu duquel on déduisait du patrimoine héréditaire la valeur des esclaves affranchis, il pouvait arriver que le testateur cherchât à éluder la *querela inoff. testam.*, tout en ne laissant rien à l'héritier du sang. Voilà un homme qui n'a dans son patrimoine que des esclaves. Il institue l'héritier ab intestat qui aurait droit à la *querela*, et il affranchit tous ses esclaves dans le même testament. Il faut pour cela supposer, avant Justinien, qu'il n'avait qu'un ou deux esclaves ; autrement, aux termes de la loi *Fusia Caninia*, il n'aurait pas pu laisser la liberté à tous. Mais depuis l'abrogation de cette loi par Justinien, la question pouvait se présenter, quel que fût le nombre des esclaves. A cette occasion, nous observerons, en passant, que la loi 8, § 9, au *Dig., De inoff. testam.*, a été interpolée par les compilateurs, et qu'au lieu de dire : « Qui servos tantum habet in patrimonio suo, » le texte primitif portait : « Qui duos servos tantum habet in patrimonio suo. » Quoi qu'il en soit, les affranchissements testamentaires venant en déduction de la quarte, il en résulte que l'héritier du sang, qui a été institué héritier, n'a dans notre espèce absolument rien à titre de légitime, et néanmoins il ne peut exercer la plainte d'inofficiosité, puisqu'il a été institué héritier pour le tout. Toutefois, le danger que nous signalons n'était pas sans remède, et à cet égard il y a plusieurs hypothèses à distinguer.

Si c'est le fils en puissance qui a été institué, sa qualité d'héritier sien et nécessaire l'empêche de répudier l'hérédité. A partir du décès, il est investi malgré lui de cette qualité, et à cette époque

aussi, les esclaves affranchis dans le testament parviennent nécessairement à la liberté. Dans ce cas, il n'y avait pas moyen de rien changer à une pareille situation. Mais, si l'on suppose que l'*heres scriptus* est un fils émancipé, ou bien un ascendant, ou bien enfin un frère ou une sœur, il pourra répudier l'hérédité; et alors de deux choses l'une: ou bien il y aura un substitué vulgaire, ou bien il n'y en aura pas. Dans le premier cas, le titre d'héritier ira au substitué, et ce sera contre lui que l'héritier du premier degré intentera la *querela inoff. testam.*, et si cette action triomphe, elle aura pour effet, comme nous le verrons, de faire tomber les affranchissements. Dans le second cas, l'exercice de la *querela* est par le fait impossible, le testament étant *destitutum*. Mais, précisément pour ce motif, les affranchissements testamentaires s'évanouiront, sans que l'*heres scriptus* ait à craindre qu'on lui fasse l'application de l'édit: *Si quis omissa causa testamenti*. Les dispositions de cet édit ne s'appliquent, en effet, que dans le cas où l'héritier institué, qui est en même temps héritier du sang, laisse de côté sa qualité d'héritier testamentaire, pour s'en tenir à celle d'héritier ab intestat, dans le but frauduleux de faire tomber les legs. Telle n'est pas notre hypothèse. L'*heres scriptus* ne peut être ici accusé de fraude; il poursuit un but on ne peut plus légitime, puisqu'il cherche à reconquérir un droit que les combinaisons frauduleuses du testateur avaient cherché à lui enlever.

### § III:

*Réunion fictive à la masse de certains biens qui ne sont plus dans la succession.*

Il est évident que cette circonstance ne se présente pas pour les objets de la succession qui ont été laissés à des tiers par voie de legs ou de fidéicommiss. Ces objets ne sont pas sortis de la masse, et il n'est pas nécessaire de les y réunir. La même observation s'applique aux biens donnés *mortis causa*, en supposant que le prédécès du donateur ait été envisagé comme condition suspensive de la donation à cause de mort, et que pendant l'intervalle les biens donnés n'aient pas été livrés au donataire. Mais si la donation

à cause de mort a été pure et simple, et résoluble sous condition, si elle a été faite sous la condition résolutoire de la survie du donateur, ou même si elle a eu lieu sous la condition suspensive de son prédécès, et que les objets aient été livrés au donataire, ils ne se retrouvent plus dans la masse à l'époque du décès. Dans l'hypothèse d'une condition résolutoire, le donataire est devenu immédiatement propriétaire par la tradition qui lui a été faite. Dans la seconde, il l'est devenu au moment même du décès. Mais comme, au point de vue qui nous occupe, les donations à cause de mort sont assimilées aux legs, les biens ainsi transmis seront, comme les biens légués ou laissés par fidéicommiss, considérés comme faisant partie de la masse, à l'effet de déterminer la légitime (1).

Quant aux donations entre vifs, il y a deux périodes à distinguer dans la législation romaine.

Dans la première, qui s'étend jusqu'au règne d'Alexandre-Sévère, les biens donnés entre vifs par le testateur sont sortis définitivement de son patrimoine, et la détermination de la légitime a lieu, sans qu'il soit nécessaire de se préoccuper des objets ainsi donnés.

Mais, à partir du règne d'Alexandre-Sévère, la plainte d'infirmité est permise contre les donations entre vifs, dans les cas où l'on ne peut pas leur appliquer les dispositions de la loi *Cincia*. La *querela inofficiosæ donationis* ne fut alors qu'un développement de la *querela inoff. testam.*, et de là on conclut, dans l'origine de cette deuxième période, que les donations entre vifs pouvaient être attaquées comme inofficieuses dans le cas seulement où le donateur aurait laissé un testament.

C'est à partir seulement des Empereurs Valérien et Gallien, et de l'année 258, que la *querela inofficiosæ donationis* put être exercée, même abstraction faite de toute espèce de testament.

Quoi qu'il en soit, dès l'époque où les donations entre vifs purent être attaquées comme inofficieuses, la conséquence nécessaire en fut que, pour déterminer la légitime, il fallut les réunir fictivement à la masse.

(1) l. 2, C., *De donationibus causâ mortis.*

§ IV.

*Imputations à opérer sur la légitime.*

Lorsque les diverses opérations que nous venons de passer en revue se trouvent terminées, et que l'on sait à combien s'élève la légitime, il faut se demander si les légitimaires l'ont reçue, et en conséquence déterminer ce qui doit être imputé sur cette légitime. La distinction capitale qui se présente à cet égard est celle qui existe entre ce que le légitimaire a reçu *mortis causa*, et ce qu'il a reçu *inter vivos*.

A l'égard de ce que le légitimaire a reçu *mortis causa*, on impute sur la légitime ce qui lui est advenu à titre d'héritier, de légataire, de fidéicommissaire, ou de donataire à cause de mort.

Mais que décider si le titre de son acquisition est une *mortis causa capio*, c'est-à-dire un de ces titres vagues et indéterminés, dont l'effet est bien subordonné à la mort, mais qui ne constitue ni un legs, ni un fidéicommis, ni une *mortis causa donatio*? Ainsi, par exemple, une personne gratifiée dans le testament a été soumise par le *de cuius* à la charge de payer quelque chose au légitimaire, et ce que celui-ci reçoit lui est donné *conditionis implendæ gratia*. Il faut dire que cela ne s'imputera point sur la légitime. Cette solution est évidente sous Justinien, attendu que, sous ce prince, la légitime doit être fournie, comme nous le verrons, *ex ipsâ substantiâ patris*. Mais elle n'était pas moins exacte alors que florissaient les juriconsultes du *Digeste*, et si nous n'avons pas de texte formel qui l'établisse, nous pouvons invoquer des inductions concluantes. D'abord, ce que l'héritier institué recueillait *conditionis implendæ causa* n'était pas imputé sur la quarte Falcidie, et nous savons que cette quarte a servi de type à la légitime. Ensuite, dans la loi 8, § 10, au *Dig., De inoff. testam.*, Ulpien se demande si le légitimaire ayant accepté de *l'heres scriptus conditionis implendæ gratia* ce que celui-ci avait été chargé par le testateur de lui remettre, a par là même sanctionné les dernières dispositions du défunt, et si en conséquence il doit être exclu de la *querela*. Or, cette question ne se présenterait pas, si le légitimaire devait imputer sur sa réserve ce qu'il a ainsi reçu; car alors la plainte

d'inofficiosité lui serait enlevée, indépendamment de la volonté qu'il aurait manifestée de reconnaître le testament, ou du moins la question soulevée par le jurisconsulte ne devrait être posée que dans le cas où ce qui a été payé par *l'heres scriptus* ne forme pas la quarte. Mais le texte précité ne faisant aucune espèce de distinction, il en résulte que le point dont traite Ulpien le préoccupait dans toutes les hypothèses possibles.

Arrivons maintenant à ce que le légitimaire a reçu du *de cuius* par voie de donation entre vifs. La règle générale était que les biens ainsi donnés ne devaient pas être imputés sur la légitime. Du temps des jurisconsultes, rien de plus simple qu'une pareille règle. A cette époque en effet, les biens donnés entre vifs à des étrangers n'étaient pas réunis fictivement à la masse pour le calcul de la légitime, et en conséquence contraindre l'héritier du sang à imputer sur sa légitime les donations entre vifs qu'il avait reçues, eût été le traiter plus rigoureusement qu'un donataire étranger. Nous avons vu que, dès le règne d'Alexandre-Sévère, les donations entre vifs devaient compter, lorsqu'il s'agissait de fixer le montant de la légitime. A partir de ce prince, on aurait pu peut-être soumettre les donations entre vifs, en général, à l'imputation sur la légitime. Mais on n'avait nullement à cet égard abrogé les anciens principes.

Ces principes, néanmoins, reçurent, dans la suite des temps, certaines modifications, dont les unes sont positivement établies par les textes, et dont les autres sont susceptibles d'une sérieuse controverse.

Voici tout d'abord les dérogations qui ne peuvent pas être contestées :

1° L'empereur Zénon, par une constitution qui forme la loi 29, au *Code, De inoff. testam.*, décida que les biens constitués en dot ou donnés *antè nuptias* seraient imputés sur la légitime.

2° Dans la loi 30, § 2, au *Code, De inoff. testam.*, Justinien ordonne l'imputation sur la légitime du prix des charges militaires achetées par le légitimaire avec l'argent donné par le défunt, alors que ces charges pouvaient être vendues ou transmises aux héritiers du titulaire qui à sa mort en était encore investi. Il n'y avait à cet égard exception que pour les *silentiarii* ou chambellans de l'Empereur.

Mais il y avait controverse entre les jurisconsultes sur le point de savoir si les donations entre vifs devaient être imputées sur la légitime, alors que telle avait été la condition expresse de la libéralité.

Dans la loi 25, au *Dig.*, *De inofficioso testamento*, Ulpien nous dit : « Si non mortis causâ fuerit donatum, sed inter vivos, hæc tamen contemplatione ut in quartam habeatur, potest dici inofficiosi querelam cessare, si quartam in donatione habet; aut si minus habeat, quod deest viri boni arbitrato repleatur, aut certè conferri oportere id quod donatum est. » Le jurisconsulte se prononce donc dans le sens de l'imputation. Mais l'*inscriptio legis* et les termes dans lesquels le fragment est conçu indiquent évidemment la trace d'un débat dans la jurisprudence.

En effet, Papinien et Paul avaient adopté un avis opposé à celui d'Ulpien, ainsi que cela résulte de la loi 16, au *Dig.*, *De suis et legitimis heredibus*, et des *Sentences* de Paul, l. iv, t. v, § 8.

Cette controverse est législativement tranchée par Justinien, qui consacre la doctrine professée par Papinien, comme on peut le voir dans la loi 35, au *Code*, *De inofficioso testamento*.

Les conditions que nous venons de voir sont des conditions d'existence de la *querela*. Voici maintenant une condition d'exercice : nous voulons parler de la *bonorum possessio ordinandæ gratiæ*, dont il est question dans plusieurs textes. (L. 8, pr. — L. 6, § 2. — L. 7, au *Dig.*, *De inoff. testam.* — L. 2, au *C.*, *codem titulo*.) D'après certains interprètes, la *bon. poss. liti ordinandæ gratiæ* aurait été introduite en faveur de l'émancipé injustement exhérédé, et serait par conséquent une *bon. poss. undè liberi*. (Voir les auteurs cités par M. de Wangerow; Averani, l. 1<sup>er</sup>, ch. 8; Koch, § 10.) Cette opinion n'est pas admissible; elle se réfute directement par la loi 8, princ., au *Dig.*, *De inoff. testam.* Dans ce fragment, en effet, la *bonorum poss. liti ordinandæ gratiæ* se présente dans un cas où il s'agit de donner la *querela inoff. testamenti* à un père du chef de son fils, ce qui suppose bien que ce dernier est en puissance. Suivant nous, cette *bon. poss.* a été introduite en faveur de l'héritier du sang qui n'aurait pu arriver à la succession ab intestat qu'en vertu du droit prétorien. Le *bonorum possessor* ne pouvait intenter la *querela inoff. testam.* qu'à la condition de faire



préalablement *agnitio* en demandant la *bon. poss. litis ordinandæ gratiâ*, qui était naturellement *sinè re*. Elle servait seulement d'introduction à la plainte d'inofficiosité. Ce caractère de *bonorum possessio sinè re* lui a été contesté par Schilling. Cet auteur a prétendu qu'elle avait pour but principal de mettre les légitimaires en possession de l'hérédité, dès le moment qu'ils avaient manifesté l'intention d'attaquer le testament comme *inofficieux*. Et voici la considération qu'il a invoquée. Pour que le légitimaire transmette à ses propres héritiers le droit d'intenter la *querela*, il n'est pas nécessaire qu'il commence par demander la *bon. poss. litis ordinandæ gratiâ*. Cette transmission peut s'opérer dans un grand nombre de circonstances où l'héritier du sang n'a pas préalablement formé une pareille demande. De là Schilling conclut que la *bon. poss. litis ordinandæ gratiâ* n'étant pas nécessaire pour faire passer la *querela inoff. testam.* aux héritiers du parent injustement exhéredé ou omis, ne peut avoir d'autre avantage que de donner la possession des choses héréditaires au demandeur dans la plainte d'inofficiosité. Cette doctrine, qui ne s'appuie sur aucun texte, est contraire aux principes. D'abord, on ne conçoit pas comment la possession de l'hérédité ne serait pas conférée à l'héritier du sang au moyen d'un interdit. Si en effet le légitimaire, par cela seul qu'il a résolu d'exercer la *querela*, devait être constitué possesseur des objets de la succession, et s'il avait pu se faire ainsi envoyer en possession, il n'aurait pas conservé le rôle de demandeur, mais il serait devenu défendeur. La *querela inoff. testam.* étant une pétition d'hérédité particulière, et par suite une action réelle, n'aurait pas pu se donner au possesseur, pas plus que la pétition d'hérédité ordinaire ou la *rei vindicatio*. Schilling aurait eu raison dans sa manière de voir, s'il n'y avait eu d'autre utilité attachée à la *bon. poss. litis ordinandæ gratiâ* que celle de déterminer la transmission héréditaire de la *querela*, ou bien celle de faire obtenir au légitimaire la possession de l'hérédité. Mais il n'en est pas ainsi; nous savons que la *querela inoff. testam.* a été introduite par la jurisprudence, et qu'en conséquence elle a une origine civile; c'est pour rendre accessible cette action à ceux qui *ab intestat* n'auraient pu exercer que la pétition d'hérédité prétorienne que le préteur a inventé la *bon. poss. litis ordinandæ gratiâ*. Cette institution s'est

ensuite généralisée en devenant entre les mains de toute espèce d'héritiers le moyen de manifester leur volonté de faire rescinder le testament, et d'empêcher ainsi l'extinction, à l'époque de leur mort, du droit qui s'est ouvert en leur personne.

### Section III.

*Lorsque le testateur n'a pas laissé la légitime aux héritiers du sang, ou lorsqu'il leur a laissé une légitime incomplète, quelles sont les conséquences d'une pareille omission ?*

Voici comment nous formulerons les règles qui dominent cette partie de notre sujet. Lorsque le testateur a complètement violé l'*officium pietatis*, qu'il n'a rien laissé à ses héritiers légitimes, il y a lieu à la *querela inofficiosi testamenti*, et cela sans distinction d'époques. Lorsque le testateur a laissé aux héritiers du sang une légitime incomplète, il y a trois périodes à distinguer dans la législation romaine.

Dans la première, le cas où la légitime est incomplète est mis sur la même ligne que celui où il n'y a pas du tout de légitime.

Dans la seconde, il y a des distinctions à faire.

Dans la troisième, il n'y a jamais lieu à la *querela*, mais à une action en complément de la légitime.

Du temps des jurisconsultes classiques, le testament peut être attaqué comme inofficieux, soit que le légitimaire n'ait reçu aucune satisfaction, soit qu'il n'ait reçu qu'une satisfaction incomplète. Ces principes restent en vigueur jusqu'au règne de Constantin (1).

Sous ce prince, deux hypothèses se produisent.

Si le testateur, laissant à l'héritier du sang une légitime incomplète, n'a pas ajouté expressément qu'elle sera complétée *boni viri arbitrati*, l'on applique l'ancienne théorie, et le testament est susceptible d'être attaqué comme inofficieux.

Si au contraire le testateur, prévoyant que ses dispositions en faveur du légitimaire ne lui donneraient pas ce à quoi il a droit, a dit que cette lacune serait au besoin comblée d'après l'arbitrage d'un homme de bien, le testament en lui-même reste inattaquable,

(1) L. 2, au Code Grégorien, *De inoff. testam.*

et la *querela inofficiosi testamenti* fait place à l'action en complément de la légitime (1).

Justinien supprime toute espèce de distinction, et ne laisse subsister la *querela* que dans le cas où le légitimaire n'a absolument rien reçu. Dans l'hypothèse contraire, l'action en complément de la légitime, introduite par Constantin sous certaines restrictions, est seule appliquée, que le testateur ait ou non inséré dans son testament une clause pour confier à un expert homme de bien l'estimation de ce qui manquera à la légitime (2).

Des différences très-graves séparent l'action en complément de la légitime de la *querela inoff. testam.*

Ainsi tout d'abord, la *querela* est une *hereditatis petitio* sous une forme particulière, et, partant, une action réelle.

L'action en complément de la légitime est une action personnelle, une *condictio ex lege*.

Ensuite, la *querela* présente un caractère dont se trouve complètement dépourvue la *condictio ex lege*, celui d'être une espèce d'*actio injuriarum*, d'où il résulte que la *condictio ex lege* est perpétuelle, comme toutes les actions civiles personnelles, en général, et transmissible aux héritiers du légitimaire, tandis que la *querela* dure cinq ans seulement, et n'est pas transmissible héréditairement.

Enfin, la *querela* a pour but, et, quand elle triomphe, pour effet, d'amener la rescision du testament, à la différence de la *condictio ex lege*, qui le laisse subsister.

Ces principes généraux étant posés, nous avons à rechercher les cas dans lesquels ils doivent être appliqués, les hypothèses où le légitimaire pourra exercer la *querela*, celles où il pourra exercer l'action en complément de la légitime.

Une première espèce, qui ne laisse pas que de présenter certaines complications, est la suivante : un testateur a légué au légitimaire un objet dont la valeur est égale à celle de la quarte, et le légataire est évincé de cet objet par un tiers qui en était propriétaire.

Dans le premier état du droit romain, c'est-à-dire avant le sénatus-consulte rendu sous le règne de Néron, si le legs dont il

(1) L. 4, au Code Théodosien, *De inoff. testam.*

(2) L. 30, C., *De inoff. testam.*

s'agit avait été fait *per indicationem, sinendi modo* ou *per præceptionem*, il aurait été dans tous les cas frappé de nullité, et par suite le légitimaire n'aurait pas eu sa quote. Si la chose avait été léguée *per damnationem*, pour savoir si une pareille disposition était valable, il fallait distinguer entre le cas où le testateur avait su que la chose appartenait à autrui, et celui où il l'avait considérée comme sienne. Dans la première hypothèse, le legs était parfaitement valable. Dans la seconde, il y avait eu, paraît-il, controverse entre les juriconsultes. Mais la doctrine qui frappait le legs de nullité, professée sous le règne de Trajan et d'Adrien par Neratius Priscus, fut confirmée par une constitution d'Antonin le Pieux. (Voir loi 67, § 8, au *Dig., De legatis*, 2<sup>o</sup>; *Institutes*, liv. II, t. XX, § 4.) Cela posé, quand le testateur avait su qu'il disposait de la chose d'autrui, comme le legs était parfaitement valable, le légitimaire devait se tenir pour satisfait, et au lieu d'exercer la *querela inoff. testam.*, il devait intenter l'*actio ex testamento*. Sa légitime lui avait été laissée, et c'était à lui à la faire valoir par les moyens de droit. Si, au contraire, le testateur avait ignoré que la chose fût à autrui, avant Antonin le Pieux, il y aurait eu controverse sur le point de savoir si le légataire avait reçu sa légitime. L'affirmative eût été soutenue par les juriconsultes qui s'étaient prononcés pour la validité du legs, la négative par les juriconsultes de l'opinion opposée. Mais, depuis la constitution d'Antonin le Pieux, le legs en question étant frappé de nullité, on ne pouvait dire qu'un titre nul constituât la légitime, et, partant, le légataire était considéré comme n'ayant rien reçu du testateur.

Depuis le sénatus-consulte Néronien, il n'y a plus, quant au point de vue qui nous occupe, à distinguer le legs *per damnationem* d'une part, et de l'autre le legs *per vindicationem, sinendi modo* ou *per præceptionem*. Lors même que le testateur aurait légué en ces dernières formes la chose d'autrui, comme auparavant le legs n'était entaché de nullité que *vicio verborum*, il aurait été, en vertu de la nouvelle législation, mis sur la même ligne que le legs *per damnationem*, et la question de savoir si le légitimaire évincé devait ou non passer pour avoir ou non reçu sa légitime, aurait été résolue suivant les distinctions que nous venons de faire en ce qui touche le legs *per damnationem*.

L'Empereur Alexandre-Sévère, en l'année 228, vint un peu modifier l'état du droit relativement au sort des legs ayant pour objet la chose d'autrui. Le système précédent fut maintenu en règle générale; mais, par exception, quand le legs avait été fait à une personne unie au testateur par les liens d'une proche parenté, de telle sorte que, d'après toutes les probabilités, le testateur n'eût pas laissé de faire la disposition, quand bien même il aurait su n'être pas propriétaire, un pareil legs était valable dans tous les cas possibles(1). Lors donc que, sous l'empire de cette constitution, le testateur avait légué la chose d'autrui à un proche parent, celui-ci, malgré son éviction, avait un titre valable qui l'autorisait à exercer l'*actio ex testamento*, et qui lui faisait trouver dans cette action sa légitime complète.

La constitution d'Alexandre-Sévère a été insérée dans le Code de Justinien. Mais il ne faudrait pas se fonder sur cette apparence, pour en conclure qu'elle est encore en vigueur dans le dernier état du droit. C'est par mégarde que les compilateurs l'ont laissée dans la législation de Justinien. En effet, dans la loi 36, princ., au Code, *De inoff. testam.*, l'Empereur rappelle que, par une constitution précédente, la loi 30, *codem titulo*, il a remplacé, dans tous les cas où la légitime est incomplète, la *querela inoff. testam.* par l'action en complément. Ensuite, arrivant à l'hypothèse qui nous occupe, celle d'une éviction subie par le légataire, il se demande si celui-ci pourra exercer la *querela inoff. testam.*, ou bien l'action en complément de la légitime. Or, si l'innovation d'Alexandre-Sévère avait été maintenue, le doute n'aurait pu même se présenter à l'esprit de Justinien. Le légitimaire qui a reçu le legs est toujours en effet un proche parent du testateur, une de ces personnes dont Alexandre-Sévère disait que, suivant toutes les probabilités, le testateur lui aurait légué, quand bien même il aurait su que la chose était à autrui. Comme, dans ce cas, la disposition aurait été valable sans aucune espèce de distinction, on n'aurait pu songer ni à la *querela* ni à la *condictio ex lege* en supplément de la légitime, puisque le légataire aurait été toujours investi de l'*actio ex testamento*.

Voici donc sur ce point l'état de la législation sous Justi-

(1) L. 10, C., *De legatis*.

nien. Le testateur a-t-il su que la chose appartenait à autrui, il n'y a pas lieu à l'application de la loi 36, princ., au *Code, De inoff. testam.*, l'*actio ex testamento*, écartant sans aucune espèce de doute possible, soit la *querela*, soit la *condictio ex lege*. Le testateur, au contraire, a-t-il ignoré que la chose fût à autrui, le legs est nul, et la rigueur des principes aurait conduit à décider que la *querela* est possible. En réalité, le légitimaire n'a rien reçu, et si, sous le Bas-Empire, l'action en complément remplace la *querela*, c'est dans le cas seulement où la légitime est incomplète. Mais, écartant ici les règles rigoureuses, Justinien décida qu'il y aurait lieu, non à la *querela*, mais à la *condictio ex lege*.

Lorsque, suivant les règles qui précèdent, le légitimaire exercera soit la *querela inoff. testam.*, dans l'ancien droit, soit la *condictio ex lege* sous Justinien, il faudra qu'il prouve la nullité du legs, c'est-à-dire : 1° que la chose n'appartenait pas au testateur ; 2° que le testateur ignorait que la chose fût à autrui. S'il succombe dans la première preuve qu'il doit administrer, et cela pourra parfaitement arriver, l'autorité de la chose jugée entre lui et le tiers étant purement relative, il ne pourra obtenir gain de cause par l'*actio ex testamento*, cela va de soi, ni par la *querela inoff. testam.*, dans le premier état du droit, ni par la *condictio ex lege* sous Justinien, puisque le legs devra être considéré comme valable dans les rapports de l'héritier du sang et de l'*heres scriptus*.

Si au contraire le légitimaire parvient à démontrer que le testateur n'était pas propriétaire, il ne pourra pas triompher par cela seul, soit dans l'exercice de la *querela*, soit dans l'exercice de la *condictio ex lege*, suivant les époques. Il lui faudra prouver encore que le testateur ignorait la propriété d'autrui. Dans la législation des *Pandectes*, il aura toujours intérêt à le faire ; car la nullité du legs, entraînant l'absence complète de légitime, amènera par suite la rescision du testament. Dans le système en vigueur sous Justinien, il y a lieu de distinguer. Si l'estimation de l'objet légué n'excède pas le quart des biens laissés par le testateur, en n'y comprenant pas, bien entendu, la chose dont le légataire a été évincé, celui-ci aura intérêt à intenter la *condictio ex lege*, à soutenir par conséquent la nullité du legs, et à laisser de côté l'*actio ex testamento*, qui le placerait dans la nécessité de prouver la validité de la disposition testamen-

taire. En effet, par la première de ces deux actions, il n'obtiendra sans doute, sous le rapport de la valeur, rien de plus que ce qu'il aurait obtenu par l'*actio ex testamento*, mais du moins il pourra contraindre l'*heres scriptus* à lui fournir cette valeur en biens mêmes de l'hérédité. Que si la chose léguée avait une valeur supérieure au montant de la légitime calculée en égard au patrimoine propre du défunt, si, par exemple, elle formait le quart des biens en y ajoutant l'objet dont le légitimaire a été évincé, ce légitimaire trouverait un avantage plutôt dans l'*actio ex testamento* que dans la *condictio ex lege*; mais alors il serait obligé de prouver que le legs est valable, et en conséquence que le testateur avait su n'avoir aucune espèce de droit sur la chose.

Il est possible qu'envisagé en lui-même le legs fait à l'héritier du sang soit égal à la légitime, mais que, le testateur ayant disposé de son patrimoine au profit d'autres personnes, il y ait lieu de faire subir à tous les légataires une réduction proportionnelle, afin de laisser à l'*heres scriptus* la quote Falcidie. Dans cette hypothèse, l'*heres scriptus* pourra-t-il faire subir au légitimaire la loi commune, et s'il le fait, quelles en seront les conséquences?

A l'époque des jurisconsultes, l'*heres scriptus* pouvait se trouver en présence des trois situations suivantes :

Le légitimaire s'était rendu coupable d'ingratitude envers le testateur, et la justice de son exhérédation ou de son omission pouvait être prouvée.

Au contraire, le légitimaire n'avait jamais démerité du défunt.

Enfin l'*heres scriptus* avait des doutes à cet égard.

Dans le premier cas, il pouvait soumettre sans danger le légitimaire à la réduction proportionnelle. Sans doute, alors, la quote n'était pas complète; mais le légitimaire aurait nécessairement succombé dans l'exercice de la *querela*.

Dans le second cas, l'*heres scriptus* devait bien se garder d'invoquer l'application de la loi Falcidie au legs fait à l'héritier du sang. Puisque celui-ci avait été injustement exhérédé ou omis, il aurait pu, à raison de l'insuffisance de sa légitime, faire rescinder le testament comme inofficieux. En exécutant complètement la volonté du testateur à l'égard du légitimaire, l'*heres scriptus* sauvegardait en conséquence non-seulement ses propres intérêts, mais encore

ceux des autres légataires. De là il résultait que ce dont le légitimaire aurait été réduit, si on lui avait appliqué le droit commun, devait être supporté proportionnellement par les autres légataires et par l'*heres scriptus*.

Dans le troisième cas, celui dans lequel l'*heres scriptus* avait des doutes sur la conduite que le légitimaire avait tenue à l'égard du testateur, les règles de la prudence conseillaient au premier de transiger avec le second en ce qui touchait la réduction à lui faire subir. Alors la perte résultant de cette transaction pour l'*heres scriptus* et les autres légataires était moindre que dans l'hypothèse précédente, mais elle devait encore se répartir entre eux dans la proportion de leur intérêt.

Justinien a aussi porté son attention sur ce point. Dans le système du Code, il faut distinguer si le testateur a gardé le silence sur l'ingratitude que le légitimaire avait à se reprocher, ou si au contraire il a dit expressément que, vu cette ingratitude, la légitime, en cas d'insuffisance, ne devrait pas être complétée. Lorsque le testament se fait, l'héritier du sang peut toujours exercer la *condictio ex lege* pour sa légitime tout entière, sans que l'*heres scriptus* puisse élever contre lui un reproche dont le *de cuius* s'est abstenu. En cas pareil, il est bien évident que le légitimaire ne peut jamais être soumis à la réduction de la Falcidie, puisqu'il pourrait, au moyen de la *condictio ex lege*, se faire rembourser immédiatement par l'héritier institué ce dont il aurait été réduit, et quant à la perte qui est la conséquence de ce défaut de réduction, elle retombe en entier sur l'*heres scriptus*. On ne peut plus dire ici qu'en exécutant entièrement le legs dont il s'agit, l'institué ait fait en aucune façon l'affaire des autres légataires, puisque la *querela inoff. testam.* n'était pas possible.

Lors au contraire que le testateur a formellement exprimé ses motifs de mécontentement contre le légitimaire, en déclarant d'une manière expresse que, dans le cas où la légitime ne serait pas complète, l'action en complément devrait être refusée à l'héritier du sang, l'*heres scriptus* pourra repousser la *condictio ex lege*, si le légitimaire ne démontre pas la fausseté de l'accusation portée contre lui par le défunt; et en conséquence il pourra lui faire subir comme à tout autre la réduction prescrite par la loi Falcidie. Mais



si l'héritier du sang parvient à prouver que l'accusation d'ingratitude est fautive, comme alors il aurait la *condictio ex lege* en cas d'insuffisance de sa légitime, il pourra demander le paiement intégral de son legs, et, à la différence des autres légataires, se soustraire à l'application de la loi Falcidie, sans que l'*heres scriptus* puisse élever la prétention de faire supporter proportionnellement par les autres personnes gratifiées dans le testament la perte qu'il va lui-même éprouver.

Nous allons maintenant supposer que la légitime est complète au point de vue de sa quotité, mais qu'il y a des charges qui viennent en diminuer la valeur. Cette hypothèse peut se présenter de deux manières différentes, suivant que le légataire a reçu ce qui lui revient, mais à charge de restitution au bout d'un temps donné, ou que l'*heres scriptus* a reçu du testateur l'ordre de payer la légitime à l'échéance d'un terme ou à la réalisation d'une condition.

Lorsque l'héritier du sang a reçu sa légitime, mais qu'il doit la restituer sous un délai déterminé, ou si tel événement incertain arrive, la règle, dans l'ancien droit romain, est que l'insuffisance de la légitime donne lieu à la *querela*, et dans le droit de Justinien, qu'il y a lieu simplement d'effacer le terme ou la condition.

Du temps des jurisconsultes, cette règle reçoit exception, quand la restitution doit se faire à terme, si, pendant le délai fixé, le légataire peut avec les fruits se reconstituer une légitime, complète (1).

Si l'héritier du sang doit recevoir de l'*heres scriptus* sa légitime au bout d'un certain délai ou sous une certaine condition, d'après le droit des *Pandectes*, dans le cas où le paiement doit se faire à terme, la légitime est considérée comme complète, et la *querela* se trouve exclue par cela même. Il en est autrement quand le fournissement de la légitime doit s'effectuer à la réalisation d'une condition. Les jurisconsultes avaient appliqué ici l'idée que le terme suspend seulement l'exécution du droit, et la condition, l'existence. Sous Justinien, la *condictio ex lege* pourra être exercée immédiatement, et l'action en complément de la légitime aura pour but de faire considérer comme non avénu le terme ou la condition. Justinien

(1) L. 8, § 10, D., *De inoff. testam.*

est donc à la fois plus et moins sévère que les anciens jurisconsultes. Tandis, en effet, que, dans la doctrine de ces derniers, le terme ne pouvait servir de base à la *querela inoff. testam.*, il pourra servir de base à la *condictio ex lege*, et fournir au légitimaire une raison pour prétendre que sa légitime n'est pas complète. D'un autre côté, tandis que, dans le système des *Pandectes*, l'existence d'une condition amenait la rescision totale du testament, en autorisant le légitimaire à exercer la *querela*, dans le système du *Code*, elle autorisera simplement le légitimaire à exercer une *condictio ex lege* pour faire effacer la condition dont il est question.

Si le testateur a imposé à l'*heres scriptus* l'obligation conditionnelle ou à terme de payer à l'héritier du sang plus que sa légitime, le légitimaire pourra immédiatement, au moyen de la *condictio ex lege*, demander sa légitime, sauf à réclamer plus tard l'excédant, quand le terme sera échu ou la condition réalisée.

Les règles qui précèdent reçoivent exception dans le cas particulier où la condition dont il s'agit a eu pour but, dans la pensée du testateur, l'intérêt même du légitimaire, ou bien encore lorsque le fidéicommiss dont le légitimaire se trouve grevé est compensé par un autre fidéicommiss imposé à une personne gratifiée dans le testament.

Lorsque le légitimaire exerce la *condictio ex lege*, le supplément de la légitime doit lui être fourni *ex substantia patris*. « Repletionem autem fieri ex ipsa substantia patris, » tels sont les termes dans lesquels cette règle est exprimée dans la loi 36, au *Code*, *De inofficioso testamento*.

La constitution ajoute ensuite : « Non si quid ex aliis causis filius lucratus est, vel ex substitutione, vel ex jure accrescendi, ut puta usufructus. » Ce passage a donné lieu à une difficulté d'interprétation.

Voyons d'abord la partie du texte qui concerne la substitution. Certains commentateurs ont posé l'espèce de la manière suivante :

Un père a institué son fils pour une part moindre que la légitime, et plusieurs autres étrangers, parmi lesquels s'en trouve un dont la portion, unie à celle du fils, formerait la légitime de ce dernier, et auquel le légitimaire a été vulgairement substitué.

Si cette substitution vient à s'ouvrir, le fils, dans ce système, n'en

pourrait pas moins exercer la *condictio ex lege*, sans que ses cohéritiers pussent le contraindre à imputer sur sa légitime les biens qu'il a ainsi reçus.

Cette explication ne nous paraît pas pouvoir être acceptée. Il est bien évident, en effet, que la part héréditaire recueillie par le légitimaire, en vertu d'une substitution semblable, dérive des biens du père, et que, partant, celui-ci a satisfait à la condition prescrite par la constitution de Justinien.

Il ne peut pas s'agir non plus d'une substitution fidéicommissaire, dont l'un des institués aurait été grevé au profit du légitimaire; car de deux choses l'une : ou cette charge aurait été imposée purement et simplement, ou elle l'aurait été à terme ou bien sous condition. Dans les deux cas, le légitimaire en recueillerait le bénéfice immédiatement : dans le premier, en vertu de la volonté du testateur; dans le second, parce que le terme ou la condition seraient effacés. Dans l'une comme dans l'autre hypothèse, il y aurait là un fidéicommiss imputable sur la légitime suivant les principes ordinaires.

Cujas, en sa consultation vingt-quatrième, suppose que c'est un étranger qui a institué le père, et qui lui a substitué le fils. Les biens advenus de cette manière au légitimaire ne provenant pas *ex ipsa substantia patris*, le fils pourra toujours exercer la *condictio ex lege* pour faire compléter sa légitime en biens paternels.

Arrivons maintenant à ce qui concerne le droit d'usufruit.

Cujas se place encore dans l'hypothèse où un tiers a légué l'usufruit au père et la nue propriété au fils. A la mort du père, cet usufruit viendra se réunir à la nue propriété, et, bien qu'il se soit trouvé dans la fortune du père du vivant de ce dernier, il est néanmoins vrai de dire que ce bénéfice n'arrive pas au fils *ex substantia patris*, mais qu'il est la conséquence toute naturelle de l'attribution de la nue propriété faite par l'étranger au fils.

L'explication de Cujas, soit en ce qui regarde la substitution, soit en ce qui regarde l'usufruit, est conforme aux principes, et doit dès lors être adoptée. Ajoutons que, quant à l'usufruit, on peut imaginer aussi une autre hypothèse. Supposons, en effet, qu'un tiers ait légué au père et au fils un seul et même droit d'usufruit. Si le père ne recueille pas sa part dans le legs, l'ac-

croissement s'opérera au profit du fils; mais celui-ci ne sera obligé d'imputer sur sa légitime ni la part d'usufruit qu'il a directement recueillie, ni celle qui lui arrive *jure adcrescendi*. Ni l'une ni l'autre n'a jamais fait partie des biens du père. Si le père et le fils ont recueilli tous les deux le legs, et qu'ensuite l'usufruit du père se soit éteint en sa personne, il y a lieu encore à l'accroissement au profit du fils. C'est là sans doute une dérogation aux règles ordinaires du *jus adcrescendi*; car il est de principe que ce droit s'ouvre seulement par le défaut des appelés. En matière d'usufruit, les jurisconsultes romains étaient partis de l'idée que l'usufruit était légué chaque jour, *quotidiè ususfructus legatur*, et ils en avaient induit que si un jour arrivait où l'un des deux légataires n'était plus là pour recueillir le legs, le bénéfice de la disposition tout entière passait à l'autre colégataire. Quoi qu'il en soit, bien que, dans notre espèce, l'usufruit dont il s'agit ait appartenu au père, et que ce soit postérieurement que la part du père ait accru au fils, il ne serait pourtant pas exact de décider que cette part dérive *ex ipsâ substantia patris* à l'effet de venir compléter la légitime. L'attribution de cette portion d'usufruit au légitimaire doit plutôt être considérée comme venant de la fortune de l'étranger disposant. Le concours seul des deux légataires avait opéré le partage, et ce concours venant à cesser, le fils profite de la totalité de l'usufruit, en vertu du legs même qui lui a été fait, legs qui, d'après la maxime adoptée par les jurisconsultes, est regardé comme se renouvelant tous les jours.

---

## TROISIÈME PARTIE

### EFFETS DE LA *querela inofficiosi testamenti*.

---

Nous allons maintenant étudier les effets de la *querela*,

Mais préalablement nous croyons utile de rechercher dans quelle limite et pour quelle part la *querela* peut être exercée.

A ce sujet, deux hypothèses fondamentales sont à distinguer.

La première, qui est la plus simple, est celle dans laquelle le légitimaire est seul héritier.

En ce cas, il n'est pas douteux que le légitimaire peut exercer pour le tout la *querela inofficiosi testamenti*.

La seconde est celle dans laquelle il y a plusieurs légitimaires.

Alors la règle est que chacun d'eux peut attaquer le testament pour la part seulement qui lui compète ab intestat.

Ainsi, la loi 19, au *Dig., De inoff. testam.*, dit : « *Filia præterita*  
« *id vindicare debet quod intestatâ matre habitura esset.* »

De même, la loi 17, au *Dig., eodem titulo*, s'exprime, dans l'hypothèse qu'elle prévoit, de la manière suivante : « *Et idem*  
« *universam hereditatem non rectè vindicasset.* »

Les mots *pro portione* contenus en la loi 27, § 3, de notre titre, sont allusion à la même idée.

Enfin, la loi 8, § 8, au *Dig., eodem titulo*, renferme la même solution : « *Et si dicam inofficiosum, non totam hereditatem de-*  
« *beo, sed dimidiam petere.* »

Toutefois, lorsque l'un des légitimaires, injustement exhéredé ou omis, renonce à la *querela inofficiosi testamenti*, ou laisse passer le délai à l'expiration duquel est éteinte la plainte d'inofficiosité, l'autre peut l'exercer pour la totalité, en vertu du droit d'accroissement. Cela résulte formellement de deux textes de Paul, dont l'un forme la loi 23, § 2, au *Dig., De inoff. testam.*, et l'autre la loi 17, au *Digeste*, du même titre.

Le premier est ainsi conçu :

« *Si duo sint filii exheredati, et ambo de inofficioso testamento*  
« *egerunt, et unus postea constituit non agere, pars ejus alteri*  
« *adcrescit; idemque erit et si tempore exclusus sit.* »

Ce texte exprime très-clairement la règle que nous venons de poser.

Le même principe est contenu sous une autre forme dans la seconde des deux lois précitées, laquelle nous dit :

« *Qui repudiantis animo non venit ad accusationem inofficiosi*  
« *testamenti partem non facit his qui eandem querelam movere*  
« *volunt.* »

Ainsi, lorsqu'il s'agit de calculer la quote légitime, l'on compte les légitimaires qui ont répudié la *querela* ou qui l'ont laissée

éteindre en leur personne. Au contraire, lorsqu'il s'agit de déterminer les limites dans lesquelles chacun des légitimaires peut diriger contre le testament la *querela inoff. testam.*, on ne compte pas ceux qui ont renoncé ou dont le droit est éteint.

Cette différence entre les deux modes de procéder se comprend aisément.

S'il avait fallu faire abstraction de ceux qui ont renoncé, ou qui, à raison du laps de temps, ne peuvent plus se plaindre, la légitime laissée aux autres aurait pu ne pas être complète, ce qui eût amené, au moins, du temps des jurisconsultes, la rescision totale du testament, et le testateur n'aurait pu en conséquence prendre de son vivant les mesures nécessaires pour ne pas mourir intestat.

Le même motif ne peut être donné pour réduire la *querela inoff. testam.* à la part individuelle de ceux qui l'exercent, alors qu'il y en a d'autres qui y renoncent ou qui se trouvent forclos par l'expiration du délai. Ici le testateur, s'il meurt intestat, ne peut s'en prendre qu'à lui-même d'avoir injustement exhéredé ou omis celui qui se plaint.

Le cas de renonciation et celui de prescription sont les deux seuls qui soient prévus par les textes.

Le silence le plus complet est gardé par les *Pandectes* sur l'hypothèse du prédécès de l'un des légitimaires, et sur celle de l'exhéredation ou de l'omission méritée de ce légitaire.

Dans la première de ces deux hypothèses, nous n'hésitons pas à décider que la part pour laquelle l'héritier prédécédé aurait pu agir accroît aux autres. On peut tirer en ce sens une induction de la loi 17, au *Dig., De inoff. testam.* Après avoir décidé que l'un des deux fils exhéredés ayant renoncé à la *querela*, l'autre peut l'intenter pour le tout, Paul ajoute que ce dernier ne pourra pas, après avoir triomphé, être inquiété par son frère au moyen d'une *hereditatis petitio ab intestat*, et qu'il pourra lui opposer « l'*exceptio rei judicatee*, quasi centumviri hunc solum filium in rebus humanis esse nunc cum facerent intestatum crediderint. » Pour fonder l'*exceptio rei judicatee*, le jurisconsulte part de la fiction qu'en ouvrant l'hérédité ab intestat, le tribunal centumviral a imaginé que le renonçant était mort. Donc, si la fiction était une réalité, Paul aurait

décidé, *à fortiori*, que le frère survivant peut revendiquer l'hérité totale.

La deuxième hypothèse, celle dans laquelle l'un des légitimaires a été justement exclu par le testateur, ne devrait pas être traitée de la même manière. Ici, non-seulement il n'y a pas de textes formels, mais encore on ne rencontre aucun fragment qui puisse servir de base à une induction. Nous croyons que l'impossibilité dans laquelle se trouve l'un des légitimaires d'attaquer le testament comme inefficace ne profite pas aux autres, et que, malgré son exhérédation ou son omission, il doit être compté. La solution que nous avons donnée dans le cas de la renonciation, de la prescription ou du prédécès, ne peut, dans notre espèce, tirer à conséquence par voie d'analogie. En effet, quelle que soit celle de ces circonstances que l'on suppose, elles se produisent toutes quand le légitimaire renonçant, prédécédé ou forclos, aurait pu exercer la *querela* et faire tomber le testament en ce qui le concerne, de telle sorte que le testateur s'est, de lui-même, exposé au danger de mourir intestat. Mais lorsque, de deux légitimaires, l'un a été injustement et l'autre justement exclu, si le testateur n'a pas fait ce qu'il devait à l'égard de l'un d'entre eux pour mettre ses dispositions à l'abri de la *querela*, il n'a, au contraire, rien à se reprocher à l'égard de l'autre. L'exclusion de ce dernier doit donc être maintenue, et, en réalité, elle ne le serait pas, si sa part accroissait à celui qui n'a pas mérité son exhérédation ou son omission. En effet, le légitimaire injustement exclu, attaquant le testament comme inefficace pour la totalité et le faisant crouler en son entier, l'exhérédation tomberait avec les autres dispositions testamentaires, et, par suite, l'exhéredé pourrait venir réclamer sa part dans la succession au moyen d'une pétition d'hérité ab intestat. L'exception *rei judicatae* ne pourra ici lui être opposée sous prétexte que les centumvirs l'ont traité comme s'il était mort; car c'est là une fiction, et les fictions ne s'étendent pas par voie d'interprétation; d'autant plus que celle-ci est une dérogation au caractère purement relatif de l'autorité des jugements, caractère qui doit reprendre son empire toutes les fois qu'on n'y trouve pas une exception formellement établie.

Il faudrait aussi se prononcer contre l'accroissement, dans le cas où, de deux légitimaires, l'un aurait reçu sa légitime complète et l'autre aurait été injustement omis. Celui-ci ne pourrait exercer la

*querela* que pour la part à laquelle il aurait eu droit ab intestat. Et s'il y renonçait, s'il venait à prédécéder, ou bien s'il laissait passer le temps requis, l'héritier légitime vis-à-vis duquel le testateur a rempli l'*officium pietatis*, ne saurait profiter d'une semblable caducité pour attaquer, du chef de l'autre, le testament comme inofficieux, alors qu'il n'aurait pas ce droit de son chef.

Passons maintenant aux effets de la *querela*.

Les effets de la *querela* varient suivant que le testament a été infirmé pour le tout, ou qu'il l'a été seulement pour partie.

Il s'agit donc de déterminer préalablement les cas dans lesquels se produit l'un ou l'autre de ces deux résultats.

La première partie de cette recherche est on ne peut plus facile.

Et tout d'abord, lorsqu'il y a un seul légitimaire et un seul héritier institué, il est bien évident que si le premier triomphe, le testament croulera pour le tout.

S'il y a un seul légitimaire et plusieurs *heredes scripti*, deux hypothèses se produisent.

Il peut se faire que le légitimaire unique ait le droit d'agir contre tous, ou qu'il ait le droit d'agir, soit contre un seul, soit contre quelqu'un d'entre eux. A-t-il le droit d'agir, et agit-il en effet contre tous, le testament sera rescindé pour la totalité, pourvu qu'il soit victorieux de tous. Mais n'a-t-il pas le droit d'agir contre l'un ou quelques-uns d'entre eux, suppose-t-on, par exemple, que, parmi les *heredes scripti*, il y a des légitimaire qui, eux aussi, pourraient venir ab intestat; en principe, celui qui a été injustement exclu n'a le droit d'exercer la *querela* que pour sa part et portion ab intestat, et si la règle sur ce point est sévèrement maintenue, la rescision totale du testament ne pourra se produire. Mais que le juge chargé de statuer sur la *querela* vienne à commettre une erreur, ainsi que le suppose la loi 19, au *Dig., De inoff. testam.*, alors le testament sera totalement anéanti.

Changeons l'hypothèse, et supposons, au lieu d'un seul légitimaire et de plusieurs *heredes scripti*, plusieurs légitimaire et un seul *heres scriptus*. Si tous les légitimaire ont le droit d'exercer la *querela*, s'ils en usent, et si tous triomphent, le testament sera pour le tout frappé de nullité.

Lorsque parmi eux il s'en trouvera qui renonceront à la *querela*,



qui précéderont ou qui se laisseront forclorre par l'expiration du délai, nous savons, par ce qui précède, que leur part accroîtra aux autres, et en conséquence ceux-ci pourront, à supposer qu'ils soient victorieux, faire anéantir le testament dans son intégralité.

Enfin, lorsque parmi les légitimaires, il s'en trouvera qui ont été justement exclus, nous avons déjà dit qu'ils doivent compter à l'effet de déterminer la part pour laquelle les autres héritiers *ab intestat* peuvent intenter la plainte d'inofficio. Donc, en thèse générale, la part qui serait revenue aux exhérités ou aux omis justement devra rester à l'*heres scriptus*, et celui-ci ne pourra être complètement exclu que si les légitimaires qui ont le droit d'agir parviennent à surprendre la religion du juge, et à faire crouler, à l'aide d'une erreur, le testament pour le tout.

Au reste, les jurisconsultes romains se sont attachés plutôt à faire nettement ressortir les cas dans lesquels il ne pouvait y avoir lieu qu'à la rescision partielle du testament. Comme ces hypothèses constituent de véritables exceptions, lorsqu'on a procédé à leur énumération complète, il en résulte que, toutes les fois que ni l'un ni l'autre ne se présentera, il y aura lieu à la rescision totale du testament.

Ainsi, les cas où ce dernier effet sera obtenu sont établis *a posteriori*, par suite de la recherche de ceux où l'effet de la *querela* n'est que partiel.

Nous allons à notre tour procéder à cette recherche, qui viendra confirmer ce que nous avons déjà dit sur la rescision totale du testament.

Lorsque le testament sera rescindé par partie, nous nous trouverons en présence d'exceptions à la règle célèbre : « *Nemo « paganus partim testatus, partim intestatus, decedere potest.* » Toutes ces exceptions sont dominées par cette idée générale, que ce n'est pas le testateur qui, par un acte de sa volonté, a violé lui-même un semblable principe. En ce qui le concerne, il a disposé de la totalité de son hérité au profit de l'*heres scriptus* ou des *heredes scripti*, et c'est *ex post facto*, à raison d'un fait postérieur sur lequel il n'a eu aucune prise, et en vertu d'une sentence judi-

ciaire qu'on arrive à la fois à ouvrir, et l'hérédité *ab intestat*, et l'hérédité testamentaire.

Au reste, les exceptions que nous indiquons ici d'une manière générale peuvent se grouper autour de trois motifs principaux.

Elles peuvent tenir :

- 1° A l'autorité purement relative de la chose jugée ;
- 2° A la volonté du légitimaire lui-même ;
- 3° A son impuissance.

Les exceptions qui tiennent à l'autorité purement relative de la chose jugée ont lieu dans les hypothèses suivantes :

*Première hypothèse.* — Le testateur a laissé un *frater consanguineus* qu'il a omis, après avoir institué une *persona turpis* et une *persona honesta*. Le frère intente la *querela inofficiosi testamenti* contre les deux *heredes scripti*; il triomphera contre l'un et succombera vis-à-vis de l'autre (1). De là, nous pouvons induire cette règle générale, que, dans tous les cas où le légitimaire a intenté la plainte d'inofficiosité contre tous les *heredes scripti*, et où il aura obtenu gain de cause à l'égard des uns, et perdu son procès à l'égard des autres, le testament sera rescindé pour partie et maintenu pour partie. Cette doctrine est du reste formulée en thèse dans la loi 15, § 2, au *Digeste, De inofficioso testamento*.

*Deuxième hypothèse.* — Une mère a trois enfants. Elle fait un testament dans lequel elle institue l'un d'entre eux et passe sous silence les deux autres. L'un de ces derniers intente la *querela inoff. testam.* contre ses frères pour sa part et portion *ab intestat*, c'est-à-dire pour un tiers, et triomphe, tandis que l'autre succombe après avoir agi. En cas pareil, le testateur sera mort encore partie testat et partie intestat (2). De là, nous pouvons tirer cette formule générale, que, toutes les fois qu'il y a plusieurs légitimaires, dont les uns triomphent dans l'exercice de la *querela*, tandis que les autres succombent, le testament subsistera vis-à-vis de ceux qui ont succombé, et tombera vis-à-vis de ceux qui auront été victorieux (3).

(1) L. 24, D., *De inoff. testam.* — L. 13, C., *eodem titulo*.

(2) L. 16, pr., D., *De inoff. testam.*

(3) L. 20, pr. D., *De exceptione rei judicatae*.

Les exceptions qui tiennent à la volonté du légitimaire, reçoivent leur application dans les cas que voici :

*Première hypothèse.* — Il y a un seul légitimaire et plusieurs *heredes scripti*. Le légitimaire unique, s'il le voulait, pourrait agir contre tous; mais il se contente d'agir contre l'un d'entre eux. Le testament ne sera rescindé qu'à l'encontre de celui des *heredes scripti* contre lequel le légitimaire aura plaidé. (Argument de la loi 25, § 1<sup>er</sup>, au *Dig.*, *De inofficioso testamento*.)

*Deuxième hypothèse.* — Il y a plusieurs *heredes scripti*, et celui qui exerce la *querela* n'a pas la qualité de légitimaire; mais il induit le juge en erreur en se contentant toutefois d'attaquer un seul des héritiers testamentaires. Le testament sera maintenu à l'égard des autres. (Loi 25, § 1<sup>er</sup>, au *Dig.*, *De inoff. testam.*)

Enfin les exceptions qui se rattachent à l'impuissance dans laquelle se trouve le légitimaire sont celles-ci :

*Première hypothèse.* — Parmi les *heredes scripti* se trouve un légitimaire. S'il a reçu, en vertu de son institution, sa légitime, ou moins que sa légitime, il est, en ce qui le concerne, à l'abri de la *querela*. Quant aux autres *heredes scripti*, ils sont soumis à cette action. Mais le légitimaire injustement exclu ne pouvant l'exercer que pour sa part et portion ab intestat, il sera obligé de laisser entre leurs mains tout ce qui excède cette portion ab intestat. Ainsi, le testament sera maintenu non-seulement en faveur de l'héritier ab intestat qui figure parmi les institués, mais encore en faveur de ses cohéritiers jusqu'à concurrence de l'excédant dont il vient d'être question. Il croulera pour tout le reste. Si le légitimaire institué a reçu du testateur une portion héréditaire plus considérable que sa légitime, l'héritier ab intestat injustement exhéredé ou omis pourra diriger la plainte d'inofficiosité contre le légitimaire institué et contre les cohéritiers testamentaires de ce dernier : contre le premier pour tout ce qui excède la légitime de celui-ci, contre les seconds pour tout ce qui est nécessaire à la formation de la part ab intestat du légitimaire exclu, en joignant cela, bien entendu, à ce qu'il aurait déjà obtenu ou pourrait obtenir à l'encontre de l'autre légitimaire. Dans ce cas, le testament sera partiellement rescindé à l'égard de tous les *heredes scripti*, sans aucune espèce d'exception.

*Deuxième hypothèse.* — Il y a un seul *heres scriptus* et plusieurs

légitimaires, deux par exemple. Un seul d'entre eux ne peut en principe obtenir la rescision du testament que pour sa part ab intestat. Mais cette règle reçoit exception dans les cas que nous avons vus et où il y a lieu à l'accroissement.

Nous allons maintenant distinguer les effets de la rescision totale et les effets de la rescision partielle.

### § 1<sup>er</sup>.

#### EFFETS DE LA RESCISION TOTALE DU TESTAMENT.

L'effet le plus général de la rescision totale est d'ouvrir la succession ab intestat. Le testateur est considéré comme n'ayant pas eu la *factio testamenti*. « *Cum contra testamentum ut inofficiosum a judicatur, testamenti factionem habuisse defunctus non creditur (1).* »

Mais l'hérédité va-t-elle se partager entre tous les légitimaires ? Il faut ici user de distinctions.

Il n'y aura pas de difficulté, si tous ont agi et ont fait tomber le testament, chacun en ce qui le concerne.

Mais il est possible qu'il n'y ait eu qu'un seul demandeur, et que néanmoins le testament ait été rescindé pour la totalité. Cela peut se présenter dans deux circonstances différentes : soit que ce demandeur ait le droit d'exercer pour le tout la *querela inofficiosi testamenti*, soit qu'il ait été sans qualité pour le faire.

Dans le premier cas, la règle que nous posons est celle-ci : la succession ab intestat ne s'ouvre qu'au profit de celui qui a triomphé. Paul fait l'application de ce principe dans la loi 17, au *Dig., De inoff. testamento*. Le *de cuius* a laissé deux fils, injustement exhéredés. L'un d'eux renonce à la *querela* ; son droit à cet égard accroît à son frère. En conséquence, celui-ci porte la plainte d'inofficiosité pour le tout devant le tribunal centumviral. Lorsqu'il aura triomphé et se sera fait restituer l'hérédité par l'*heres scriptus*, le renonçant ne pourra pas, sous prétexte que la succession s'est ouverte ab intestat, venir prétendre que son frère n'a eu le droit d'agir que pour sa part, et qu'il doit, lui, malgré sa renonciation, être admis au partage. La

(1) L. 17, § 1<sup>er</sup>, D., *De inoff. testam.*

*hereditatis petitio ab intestato* qu'il exercerait à cet effet serait repoussée par l'*exceptio rei judicatæ*. Sa répudiation a eu pour résultat de la faire considérer comme mort, et les centumvirs comme ayant jugé que le demandeur était le fils unique du *de cuius*, alors que leur sentence a ouvert la succession ab intestat.

Dans le second cas que nous avons distingué, celui où le demandeur était sans qualité, deux hypothèses sont possibles :

Il peut se faire que celui qui a exercé la *querela* n'eût aucune espèce de droit ni pour la totalité ni pour partie, et que néanmoins, le défendeur n'ayant pas songé à exciper contre lui de son défaut de qualité, le juge, induit en erreur, ait rescindé le testament pour le tout. Cette sentence erronée n'en a pas moins ouvert l'hérédité ab intestat, et, par suite, les véritables héritiers pourront, au moyen d'une *hereditatis petitio ab intestato*, le contraindre à leur restituer la succession (1).

Il peut se faire, en second lieu, que le demandeur ait bien le droit d'agir, mais pour partie seulement, et que, néanmoins, il soit encore parvenu à surprendre la religion du juge, et à obtenir l'annulation totale du testament. Il ne profitera pas plus de sa victoire que dans le cas précédent, et les autres légitimaires pourront venir lui demander leur part de succession. L'application de ces idées est faite dans la loi 10, au *Dig., De inoff. testamento*, dans l'hypothèse que voici :

Une mère, en mourant, a institué héritiers un étranger pour les trois quarts et une de ses filles pour le quart, et a passé son autre fille sous silence; celle-ci a exercé la plainte d'inofficiosité. Si les choses s'étaient passées régulièrement, d'une part, elle n'aurait pas pu agir contre sa sœur; d'autre part, elle n'aurait pu agir contre l'héritier étranger que pour la moitié. En effet, elle n'a droit à la *querela*, d'après des principes déjà connus, que pour sa portion ab intestat, laquelle, dans l'espèce, est égale à cette moitié. Or la portion successive dont il s'agit se trouve entre les mains, non de la fille instituée, mais de son cohéritier. En conséquence, le testament aurait été infirmé, non pour le tout, mais pour partie, « licet, » ajoute le jurisconsulte, « quasi furiosæ judicium ultimum ejus damnetur. » Tou-

(1) l. 6, § 1<sup>er</sup>, D., *De inoff. testam.*

tesfois, il n'en a pas été ainsi. Par suite d'une erreur, la fille omise, ayant dirigé ses poursuites contre les deux *heredes scripti*, a triomphé contre l'un et l'autre. Suivant l'idée qui nous a servi de point de départ, la succession s'est ouverte ab intestat, et de là il va résulter que la fille instituée pourra, au moyen de la *hereditatis petitio*, revendiquer la moitié à laquelle elle a droit, en sa qualité d'héritière légitime. On ne saurait la repousser par une fin de non-recevoir tirée de la circonstance que, en faisant adition d'hérédité en vertu du testament, elle a par cela même répudié sa part dans la succession ab intestat. Elle avait cru le testament valable, et l'on ne peut la considérer comme ayant répudié, en obéissant à la volonté maternelle, un droit qu'elle ignorait devoir s'ouvrir à son profit. C'est comme le patron qui, déterminé par une fausse croyance, accepte un legs nul que l'affranchi lui a fait; il ne renonce pas pour cela au droit d'exercer la *bonorum possessio contra tabulas dimidiæ partis*, et en thèse générale, nous n'abdiquons pas nos droits par cela seul que, trompés par l'erreur, nous choisissons ce que nous croyons nous appartenir. Ajoutons que la fille instituée, qui maintenant exerce contre sa sœur la pétition d'hérédité ab intestat, n'a pas à craindre l'*exceptio rei judicatæ*. Elle n'est pas à cet égard placée dans la même situation que le fils exhérédé, dont il a été question ci-dessus et qui avait renoncé à la *querela*. Son frère avait très-valablement agi pour le tout, en vertu du *jus ad crescendi*, et parce que la renonciation à l'hérédité ab intestat, ayant eu lieu en connaissance de cause, avait été définitive. Dans notre espèce, au contraire, la fille omise n'avait pas qualité pour faire rescinder la totalité du testament, et quant à la fille instituée, son adition n'avait été nullement une renonciation à l'hérédité légitime; de telle sorte que sa part dans cette hérédité ne peut, en aucune façon, être considérée comme ayant accru à celle de sa sœur.

Après avoir apprécié les effets de la *querela*, par rapport à l'institution d'héritier, il faut examiner quelles en sont les conséquences par rapport aux autres dispositions du testament. Parmi ces dispositions, peuvent se trouver des legs ou des fidéicommiss ordinaires, ou bien des affranchissements, ou bien encore une substitution pupillaire.

En ce qui touche les legs et les fidéicommiss ordinaires, ils

tombent comme l'institution elle-même à laquelle ils se rattachaient. Telle est du moins la règle générale. En conséquence, s'ils n'ont pas été payés, les légataires n'auront pas d'action, ni les fidéicommissaires de *persecutio fideicommissi extraordinaria* pour les réclamer. Mais, qu'arrivera-t-il s'ils ont été payés? Deux hypothèses sont alors possibles.

Il peut se faire :

- 1° Que l'*heres scriptus* ait payé *de suo* les legs et les fidéicommissaires ;
- 2° Qu'il les ait payés sur le patrimoine héréditaire.

Supposons en premier lieu qu'il les ait payés *de suo*.

La question qui se présente dans cette circonstance est celle de savoir si, sur le montant des restitutions qu'il doit opérer, il pourra déduire les sommes qu'il a déboursées, sauf au légitimaire à exercer la *condictio indebiti* contre les prétendus légataires ou fidéicommissaires, ou bien s'il sera obligé de restituer l'hérédité en son entier, sauf à exercer lui-même la *condictio indebiti*. Cela revient à se demander lequel des deux, du légitimaire ou de l'*heres scriptus*, supportera les chances d'insolvabilité de ceux à qui ont été payés les legs ou les fidéicommissaires.

Pour arriver à la solution, il faut distinguer si l'*heres scriptus* est de bonne ou de mauvaise foi.

S'il est de bonne foi, il retiendra sur la succession des valeurs égales à celles qu'il a payées, réserve faite à l'héritier ab intestat de pouvoir les recouvrer contre ceux à qui les legs et les fidéicommissaires ont été payés indûment.

S'il est de mauvaise foi, il ne pourra opérer aucune déduction, et le danger de l'insolvabilité des légataires ou des fidéicommissaires retombera sur lui.

Hâtons-nous d'ajouter que la distinction qui précède est plutôt de théorie que de pratique. En fait, presque toujours, l'*heres scriptus* aura exécuté de très-bonne foi les legs et les fidéicommissaires mis à sa charge, si l'on suppose, bien entendu, qu'il l'a fait *antè motam controversiam*.

Lorsque, d'après les solutions que nous venons de donner, l'*heres scriptus* aura eu le droit de prélever sur l'hérédité le montant des sommes qu'il a prises dans son propre patrimoine, comment arrivait-on à faire passer sur la tête du légitimaire la *condictio indebiti*?

Dans le premier état du droit, et à s'en tenir à la rigueur des principes, la *condictio indebiti* ayant pris naissance sur la tête de l'*heres scriptus* ne pouvait être exercée par le légitimaire qu'après une cession à lui faite au moyen d'une *procuratio in rem suam*. Mais un rescrit d'Adrien et d'Antonin le Pieux vint supprimer ce détour, en décidant que le légitimaire pourrait directement, et abstraction faite de toute cession, agir contre les légataires et les fidéicommissaires au moyen d'une *condictio indebiti utilis* (1).

Supposons, en second lieu, que l'*heres scriptus* ait payé les legs et les fidéicommissaires sur le patrimoine héréditaire.

Alors il y a lieu de se demander s'il pourra se contenter de céder la *condictio indebiti*, ou pour mieux dire, si le légitimaire devra se contenter de la *condictio indebiti utilis* qui lui compète directement depuis le rescrit précité, ou bien si l'*heres scriptus* sera obligé de payer à l'héritier du sang les sommes tirées de la succession, sauf, bien entendu, son recours contre les légataires et les fidéicommissaires.

Sur ce point encore se présente la distinction entre le cas le plus ordinaire où il sera de bonne foi et le cas exceptionnel de mauvaise foi.

Est-il de bonne foi, il peut invoquer les principes proclamés par le sénatus-consulte Jouventien en matière de pétition d'hérédité ordinaire. D'après ce sénatus-consulte, le possesseur de bonne foi n'est tenu de rendre que ce jusqu'à concurrence de quoi il s'est enrichi, *quatenus locupletior factus est*. Or, dans l'espèce, l'*heres scriptus* ne s'est enrichi que de la *condictio indebiti* qui a pris naissance à son profit. Il n'aura donc autre chose à faire, en sa qualité de *possessor juris*, qu'à céder la *condictio indebiti* ou plutôt à contraindre l'héritier légitime à se tenir pour satisfait de la *condictio indebiti utilis* transmise directement au demandeur en vertu du rescrit d'Adrien et d'Antonin le Pieux.

L'*heres scriptus* est-il au contraire de mauvaise foi? Les règles posées par le sénatus-consulte Jouventien s'appliqueront encore, entre autres, celle qui consiste à considérer le possesseur qui a cessé de posséder par dol comme s'il possédait encore. Dans notre

(1) L. 8, § 16, D., *De inoff. testam.*



hypothèse, l'*heres scriptus* connaissait l'inofficiosité du testament et par suite la nullité des legs et des fidéicommiss. En exécutant ses dispositions, il a donc cessé de posséder par dol les objets héréditaires qu'il a payés, et en conséquence il doit en restituer la valeur, absolument comme s'il les possédait encore, et qu'il refusât d'exécuter l'*arbitrium judicis*.

Mais comment concevoir que, dans le cas où l'*heres scriptus* a payé les legs et les fidéicommiss avec des choses appartenant à l'hérédité, la *condictio indebiti* ait pu prendre naissance à son profit? Cela se comprend dans le cas où il a consacré son propre patrimoine à l'acquittement des dispositions testamentaires; mais, dans l'espèce qui nous occupe, dès le moment que la *querela inoff. testam.* a triomphé, et que la succession s'est ouverte ab intestat, l'*heres scriptus* n'a pas pu rendre les légataires et les fidéicommissaires propriétaires des objets légués ou laissés par fidéicommiss, attendu qu'il ne l'était pas lui-même. Il faut supposer que les objets dont il s'agit ont été consommés. Autrement il ne s'agirait pas d'une *condictio indebiti* à céder par l'*heres scriptus* au moyen d'une *procuratio in rem suam* dans le premier état du droit, ni d'une *condictio indebiti utilis* passant sur la tête du légitimaire en vertu du rescrit des Empereurs Adrien et Antonin le Pieux. Il ne pourrait s'agir que d'une *rei vindicatio*, née immédiatement au profit du légitimaire, et pour l'exercice de laquelle celui-ci n'aurait besoin, ni de se faire constituer *procurator in rem suam*, ni d'invoquer le rescrit impérial : « *Cum res et exstant,* » porte la loi 16, § 7, *De hereditatis petitione*, au *Dig.*, « *et potest petitor etiam per in rem actionem eam vindicare.* »

La règle générale qui soumet à la même rescision que l'institution d'héritier les legs et les fidéicommiss recevait exception dans plusieurs hypothèses. Ainsi lorsqu'une mère, croyant son fils décédé, l'a omis dans son testament, bien que la *querela inofficiosi testamenti* soit possible et doive triompher, l'Empereur Adrien est venu décider que, dans un cas semblable, les legs et les fidéicommiss seraient maintenus (1). De même, lorsque l'*heres scriptus* a fait défaut dans l'instance, et que le testament a été rescindé en faveur

(1) L. 27, § 4, et L. 28, D., *De inoff. testam.*

du légitimaire, les legs et les fidéicommiss continuent encore à subsister, et ce point avait été décidé par un rescrit de Marc-Aurèle et d'Œlius Verus (loi 17, § 1<sup>er</sup>, et loi 18, *De inoff. testam.*; loi 14, § 1<sup>er</sup>, *De appellationibus et relationibus*, au *Dig.*)

Toutefois, entendons la règle générale et les exceptions dans le sens que voici :

Lorsque l'on ne se trouve pas dans l'un des deux cas exceptionnels que nous venons de mentionner, la sentence qui rescinde le testament comme inofficieux a une portée absolue et peut être opposée aux légataires et aux fidéicommissaires. Aussi, craignent-ils une collusion frauduleuse entre l'*heres scriptus* et celui qui intente la plainte d'inofficiosité, ils ont le droit d'intervenir dans l'instance et de défendre les dernières volontés du testateur contre l'attaque dont il est l'objet. Bien plus, à supposer que le testament soit rescindé, et quand bien même l'*heres scriptus* accepterait sa défaite comme définitive, ils auraient encore le droit d'interjeter appel de leur propre chef.

Mais, lorsque l'on se trouve dans l'une de ces hypothèses exceptionnelles où, malgré la rescision de l'institution d'héritier, les legs et les fidéicommiss sont maintenus en vertu de rescrits impériaux, le légitimaire aura néanmoins le droit de les faire tomber, en prouvant à nouveau, et sans pouvoir invoquer l'autorité de la chose jugée, que le testament était inofficieux. Ainsi, les legs et les fidéicommiss n'ayant pas encore été exécutés, si ceux qui prétendent y avoir droit agissent contre le légitimaire déjà mis en possession, celui-ci pourra les repousser, non par l'*exceptio rei judicatæ*, mais par la *querela* sous forme d'exception, en administrant de nouveau la preuve que le testament n'était pas conforme à l'*officium pietatis*. Que s'il y a déjà eu exécution des dispositions testamentaires, l'héritier du sang agira contre les légataires et les fidéicommissaires, par la *rei vindicatio*, si les objets n'ont pas encore été consommés, par la *condictio indebiti*, dans le cas contraire, soit que cette *condictio* lui ait été cédée par une *procuratio in rem suam*, soit qu'il l'exerce directement en vertu du rescrit d'Adrien et d'Antonin le Pieux; mais il ne pourra pas, pour obtenir gain de cause, s'armer de la sentence qu'il a déjà obtenue l'encontre de l'*heres scriptus*.

A l'égard des affranchissements testamentaires, il faut distinguer

entre les affranchissements directs et les affranchissements par voie de fidéicommiss. Les premiers tombent en même temps que l'institution d'héritier, à moins cependant que l'on ne se trouve dans l'un des cas exceptionnels mentionnés plus haut, ou bien dans l'hypothèse où la plainte d'inofficioité étant éteinte par le laps de temps, l'exercice en est néanmoins permis *ex magna et justa causa* (1). Quant aux affranchissements fidéicommissaires, ils sont respectés par la *querela inofficiosi testamenti*, soit que les esclaves dont il s'agit appartenissent à l'hérédité (loi 9, au *Dig.*, *De inoff. testam.*), soit qu'ils appartenissent à l'*heres scriptus*, et que celui-ci les ait affranchis pour obéir à une condition qui lui avait été imposée par le testateur (loi 26, au *Dig.*, *De inoff. testam.*).

Dans tous les cas où les affranchissements subsistent malgré la rescision totale du testament, les affranchis sont tenus de payer 20 sous d'or, soit au légitimaire, s'ils ont appartenu au défunt, soit à l'*heres scriptus*, s'ils ont appartenu à ce dernier.

Observons que dans tous les cas où soit les legs, soit les fidéicommiss, soit les affranchissements directs, sont rescindés, ils ne seraient pas même maintenus en vertu de la clause codicillaire. Sans doute la volonté du testateur peut grever de fidéicommiss l'héritier ab intestat; mais, au moins, faut-il que cette volonté soit celle d'un homme raisonnable. Or, en frappant de nullité le testament, les centumvirs ont jugé qu'au moment où il a testé, le *de cuius* n'était pas sain d'esprit (2).

Les substitutions pupillaires tombent aussi par l'effet de la *querela* (3).

Au contraire, la *bonorum possessio contra tabulas* les laisse subsister. (Loi 34, § 2, au *Dig.*, *De pupillari et vulgari substitutione.*)

Du reste, cette différence entre la *querela inofficiosi testamenti* et la *bonorum possessio contra tabulas* peut être également signalée à l'égard des legs, mais non pas d'une manière aussi absolue. En principe, la *bonorum possessio contra tabulas* fait tomber les legs comme la *querela inofficiosi testamenti*; mais cette règle comporte des

(1) L. 8, § 47, D., *De inoff. testam.*

(2) L. 13, D., *De inoff. testam.*

(3) L. 8, § 5, in fine, D., *De inoff. testam.*

exceptions. Ainsi la *bonorum possessio contra tabulas* laisse subsister les legs qui ont été faits à certaines personnes privilégiées, telles que les ascendants et les enfants du testateur, sa femme ou sa bru, à laquelle il a légué *dotis nomine*, tandis qu'il n'y a point de semblable privilège lorsque le testament a été rescindé par la *querela*. Aussi, lorsque le testateur ayant deux fils, l'un en puissance et l'autre émancipé, a exhéredé le premier et omis le second, comme dans l'hypothèse que nous connaissons déjà et qui est prévue dans la loi 20, au *Dig., De bonorum possessione contra tabulas*, si l'émancipé passé sous silence fait tomber le testament paternel par la *bonorum possessio contra tabulas*, et qu'ensuite le *suus* exerce contre son frère, ainsi qu'il en a le droit, la *querela inofficiosi testamenti*, les legs mis à la charge de l'institué au profit des personnes favorisées seront maintenus pour moitié pour la part de l'émancipé et seront rescindés pour moitié, c'est-à-dire pour la part du *suus*, de telle sorte que celui-ci, ayant été exhéredé, est néanmoins traité plus favorablement que s'il ne l'avait pas été (1).

## § II.

### EFFETS DE LA RESCISION PARTIELLE DU TESTAMENT.

La rescision partielle du testament, dans les cas où elle a lieu, a pour effet de faire considérer le *de cuius* comme étant mort partie testat et partie intestat, par suite d'une dérogation remarquable à la règle générale. Il y a donc deux hérités à considérer, l'hérité testamentaire et l'hérité ab intestat, qui s'est ouverte au profit du légittimaire victorieux. Celui-ci pourra donc poursuivre pour partie les débiteurs de la succession, être poursuivi lui-même pour la même portion par les créanciers héréditaires, revendiquer contre les tiers les objets corporels qui appartenaient au défunt, et demander, par l'*actio familiæ erciscundæ*, le partage de l'hérité (2).

Lorsque, par la plainte d'inofficiosité, le demandeur a fait rescinder le testament pour partie, il n'est obligé de communiquer à personne le bénéfice de son action. Quand même il aurait été sans

(1) L. 20, § 2, D., *De bon. poss. c. tabulas*.

(2) L. 15, § 2, D., *De inoff. testam.*

qualité pour agir, il garderait pour lui ce qu'il a obtenu, sans que les véritables héritiers légitimes eussent le droit de rien venir lui demander (1).

Si, au contraire, il avait obtenu la rescision totale du testament, nous avons déjà vu qu'il ne profiterait pas de sa victoire, et qu'il serait obligé de restituer à qui de droit les valeurs héréditaires. C'est que, dans cette hypothèse, la sentence du juge a eu pour effet d'ouvrir l'hérédité ab intestat et de donner au légitimaire la *hereditatis petitio ab intestato* contre tout détenteur des biens de la succession, ce détenteur fût-il la personne même qui a cherché son triomphe dans une erreur judiciaire. Mais, dans le cas d'une rescision partielle obtenue sans droit, le maintien du testament, pour la part qui reste à l'institué, empêche l'ouverture de l'hérédité ab intestat, et dès lors les légitimaires seraient sans qualité pour exercer la pétition d'hérédité contre celui qui a fait tomber le testament pour partie. « Dicendum est quia testamentum pro parte  
« valet et præcedentes eum personæ exclusæ sunt cum effectu eum  
« querelam instituisse. »

Si le demandeur sans droit, qui est parvenu au moyen de la *querela* à obtenir une portion de la succession, n'a pas à craindre d'en être évincé, à bien plus forte raison doit-on en dire autant du légitimaire véritable, qui, se tenant dans les limites de ce qui lui revient, n'a exercé que pour ce qui le concerne la *querela* contre l'institué. Les autres légitimaires qui sont restés dans l'inaction ou qui, ayant agi, n'ont pas triomphé, ne pourront concourir avec lui (2).

A l'égard des legs et des fidéicommiss, la rescision partielle du testament les anéantit proportionnellement à la part pour laquelle l'hérédité s'est ouverte ab intestat, et les laisse subsister pour le reste (3).

Mais comment faire l'application de cette idée, lorsqu'il s'agit de legs indivisibles? En ce cas, il y a impossibilité pour le légataire de réclamer à l'héritier institué, du chef duquel le testament se trouve soutenu, l'exécution partielle de la disposition testamentaire. Il réclamera donc la totalité. Mais il devra offrir à l'institué de l'indemniser des parts pour lesquelles le legs est tombé, sous peine de se

(1) L. 25, § 1<sup>er</sup>, D., *De inoff. testam.*

(2) L. 46, princ., D., *De inoff. testam.*

(3) L. 13, C., *De inoff. testam.*

voir repoussé par l'*exceptio doli mali*. Cela résulte de la loi 76, princ., au *Dig., De legatis, 2<sup>o</sup>*. Le *de cuius* a institué, par exemple, trois héritiers, en mettant à leur charge l'obligation de constituer à un tiers une servitude de passage. Son fils, dont il a injustement prononcé l'exhérédation, attaque par la plainte d'inofficiose chacun des institués devant trois chambres différentes du tribunal des centumvirs. Il a triomphé contre deux de ses adversaires et succombé contre le troisième. Le testament est donc anéanti pour les deux tiers, et maintenu pour le tiers. Le légataire n'en demandera pas moins au seul *heres scriptus* qui reste la totalité de la servitude. Et maintenant, de deux choses l'une : ou le fils se refuse à la constitution de la servitude, ou il y consent moyennant une certaine somme d'argent. Dans le premier cas, il n'y aura pas moyen d'arriver à l'exécution effective du legs, l'indivisibilité de la servitude s'opposant à ce qu'elle puisse être constituée par un seul des copropriétaires du fonds destiné à jouer le rôle de fonds servant. Alors une condamnation pécuniaire sera prononcée au profit du légataire qui sera obligé de subir la déduction des deux tiers de la valeur de son legs. Dans le second cas, il sera obligé de payer lui-même à l'*heres scriptus* les deux tiers de la valeur dont il s'agit, sous peine de se voir repoussé par l'*exceptio doli mali*.

En ce qui touche les affranchissements testamentaires, le legs par lequel le testateur a laissé la liberté à l'un ou plusieurs de ses esclaves est aussi un legs indivisible. Mais entre les legs de liberté et les legs de servitude il y a cette différence, que les premiers produisent leur effet malgré l'opposition du légitimaire qui a triomphé, tandis qu'il n'y a aucun moyen pour le contraindre à prêter son concours à la constitution de la servitude. Aussi Papinien, dans la loi 76 précitée, au *Dig., De legatis, 2<sup>o</sup>*, après avoir parlé du legs de liberté, et décidé qu'il devait recevoir son exécution en son entier, ajoute : « Quod non erit trahendum ad servitutes quæ pro parte minui non possunt. » Toutefois, les esclaves affranchis seront obligés de payer à l'héritier légitime une portion de la valeur d'un esclave ordinaire, correspondante à la part de succession recueillie ab intestat (1).

(1) L. 13, C., *De inoff. testam.*—l. 6, D., *De dotis collatione.*—l. 29, princ., D., *De exceptione rei judicatæ.*

Quand le testament n'est infirmé que pour partie, les affranchissements testamentaires sont maintenus, sans qu'il y ait à distinguer les affranchissements directs et les affranchissements fidéicommissaires, distinction que nous savons être capitale dans les cas où le testament est rescindé pour le tout, et qui disparaît, pourvu que le testament soit susceptible d'être soutenu pour une portion quelconque, du chef de l'un des *heredes scripti*.

Sur la même ligne que les affranchissements et les legs indivisibles, il faut mettre les substitutions pupillaires. Nous les avons vues crouler en même temps que le testament, lorsque l'hérédité entière s'ouvrait ab intestat par suite de la *querela*. Mais la rescision partielle les respectera : « Sed si in patris obtentum est, nec hoc valet, nisi pro parte patris rescissum est; tunc enim pupillare valet (1). »

---

## QUATRIÈME PARTIE.

### MODES D'EXTINCTION DE LA *querela inofficiosi testamenti*.

---

La *querela inofficiosi testamenti* s'éteint :

1° Par la renonciation du légitimaire.

Cette renonciation peut être expresse ou tacite.

La renonciation tacite résulte de tous les faits d'où l'on peut induire que le légitimaire a ratifié le testament.

Lorsqu'il a donné cette ratification, les jurisconsultes disent de lui qu'il a reconnu les dernières volontés du testateur, *agnovit iudicium defuncti*. Il se trouve dans cette situation, par exemple, quand il a volontairement accepté un legs que le testament contenait en sa faveur (2). Si le testateur a imposé à l'héritier, comme condition de son institution, l'obligation de payer une certaine somme au légitimaire, et si celui-ci a reçu sciemment ce qui lui a été payé

(1) l. 8, § 5, D., *De inoff. testam.*

(2) l. 5, pr., D., *De his quæ ut indignis auferuntur.*

*conditionis implendæ gratiâ*, la question se présente de savoir s'il sera déchu de la *querela inofficiosi testamenti*, par suite de la reconnaissance qu'il a faite du testament. Même question, lorsque c'est un légataire ou un *statu liber* qui, pour remplir une condition qui lui était imposée, a payé quelque chose à l'héritier du sang. Ulpien (1) fait une distinction entre le cas où la condition d'un paiement à effectuer entre les mains du légitimaire a été imposée à l'héritier institué, et le cas où elle a été imposée à un légataire ou à un *statu liber*. Lorsque c'est à un héritier, il décide sans restriction que la *querela* ne compètera pas au légitimaire. La raison qu'il en donne, c'est que la plainte d'inofficiosité ne peut naître que par suite de l'adition d'hérédité, et cette adition n'aura lieu qu'après l'accomplissement de la condition. Dès lors, l'acceptation volontaire par l'héritier légitime de ce qui lui est donné, impliquant nécessairement la ratification du testament, empêchera la *querela* de prendre naissance. Mais lorsque c'est un légataire ou un *statu liber* qui vient faire des offres au légitimaire pour réaliser la condition de son legs ou de son affranchissement, il faut, dit le jurisconsulte, s'attacher à l'époque où ces offres sont intervenues et ont été acceptées. Est-ce avant l'exercice de la *querela*? Le légataire ou le *statu liber* est considéré comme exécutant la volonté du testateur. En conséquence, le légitimaire perdra la *querela*. Est-ce après que celui-ci a commencé d'agir? On peut dire que le légataire ou le *statu liber* n'a pas payé pour satisfaire à des dispositions dont le sort est incertain, mais pour acheter sa tranquillité à tout événement, soit que l'héritier légitime succombe dans la *querela*, soit qu'il triomphe. En conséquence, l'acceptation par le légitimaire des offres qui lui sont faites ne doit pas être nécessairement interprétée dans le sens d'une adhésion au testament dans lequel il se trouve exhéredé ou omis. Mais s'il avait pris les devants et s'il avait agi contre le *statu liber* pour lui réclamer ce que celui-ci lui doit, cette démarche élèverait contre lui une fin de non-recevoir insurmontable (2).

Lorsque le légitimaire succède comme héritier à l'*heres scriptus* contre lequel il se proposait d'intenter la plainte d'inofficiosité,

(1) L. 8, § 40, D., *De inoff. testam.*

(2) L. 42, § 1<sup>er</sup>, D., *De inoff. testam.*



cela n'entraîne contre lui aucune déchéance, dans le cas où il ne trouve pas dans la succession de l'*heres scriptus* la portion d'hérité à laquelle celui-ci avait été appelé dans le testament inofficieux; mais le texte ajoute : *vel jure suo possideam*. Il nous est impossible de comprendre ce passage sans correction. Si, trouvant dans l'hérité de mon auteur une portion de celle que je pouvais recueillir *ab intestat*, j'en prends possession, non pas en invoquant mon propre droit et ma qualité d'héritier légitime, mais le droit de l'*heres scriptus* qui m'a transmis sa propre succession, comme ce droit ne peut se fonder que sur le testament entaché d'inofficiosité, je reconnais par cela même ce testament. Il faut donc supposer que je prends possession *jure meo* ou bien *non jure suo*. Dans l'hypothèse dont il vient d'être question, il faut bien entendu, pour donner de l'intérêt à ce que nous venons de dire, se placer dans le cas où le testament qu'il s'agit d'attaquer aurait institué plusieurs héritiers.

Que si l'*heres scriptus* lègue au légitimaire une chose de la succession que ce dernier pouvait recueillir *ab intestat*, et que cet héritier du sang ait accepté le legs, la plainte d'inofficiosité ne sera plus possible pour lui. (Loi 31, § 3, au *Dig.*, *De inoff. testam.*)

Un fils exhéredé devient l'héritier d'un légataire, et en cette qualité il réclame l'exécution de son legs. Sera-t-il déchu de la *querela inofficiosi testamenti*? D'une part, il est certain qu'il a reconnu les volontés du défunt; mais, d'autre part, ce qu'il réclame ne lui a pas été laissé à lui-même dans le testament. En présence de ces deux raisons, Paul décide que le légitimaire sera plus sagement de s'abstenir et de ne pas réclamer l'exécution du legs en question. (Loi 32, § 1<sup>er</sup>, au *Dig.*, *De inoff. testam.*)

Ce qui est positif, c'est que le légitimaire qui, en sa qualité d'avocat, prête son ministère à celui qui demande l'exécution d'un legs, perd le droit à la *querela*, et il en est de même s'il se charge du procès comme *procurator*. (Loi 32, § 1<sup>er</sup>, au *Dig.*, *De inoff. testam.*)

Mais si comme tuteur il avait plaidé au nom du pupille, comme il n'aurait fait en pareil cas que remplir les devoirs de sa charge, cela ne l'eût pas empêché d'attaquer plus tard le testament comme inofficieux. (*Institutes*, § 4, *De inoff. testam.*—Loi 10, § 1<sup>er</sup>, au *Dig.*, *De inoff. testam.*)



La reconnaissance du testament résulte aussi de la circonstance que le légitimaire, en connaissance de cause, a loué ou acheté aux héritiers institués des objets héréditaires, ou bien a payé les dettes dont il était tenu vis-à-vis du défunt. (Loi 23, § 1<sup>er</sup>, au *Dig.*, *De inoff. testam.*)

Un légitimaire est institué pour une part moindre que sa légitime. Il paye à l'un des créanciers du défunt ce que devait le *de cujus* proportionnellement à la part pour laquelle il est institué. Il y a là de sa part une adhésion au testament, qui emporte pour lui renonciation au droit de se plaindre. (Loi 8, § 1<sup>er</sup>, au *Code*, *De inoff. testam.*)

Enfin, il est bien évident que si après la mort du testateur le légitimaire écrit dans le testament lui-même qu'il consent à son exécution, la plainte d'inofficiosité doit encore lui être enlevée.

Remarquons que le légitimaire conserverait le droit d'attaquer le testament, lors même qu'il en aurait profité, si le profit qu'il en a retiré ne lui avait pas été attribué par la volonté du testateur, mais avait été pour lui le résultat indirect d'autres dispositions. Ainsi, un père a exhéredé son fils, et fait un legs de libération à Titius, débiteur solidaire avec son propre fils, à lui testateur. Il faut supposer que la dette a été contractée vis-à-vis d'un tiers, ou que, si elle l'a été vis-à-vis du père, le fils était émancipé. Cela posé, si les deux débiteurs solidaires sont *socii*, Titius a le droit de demander l'acceptilation à l'héritier institué. (Loi 3, § 3, *Dig.*, *De liberatione legati.*) Cette acceptilation aura bien pour conséquence de libérer aussi le fils du testateur; mais c'est là un effet qui se produit par la force même des choses, et que le père n'a pas eu directement en vue. (Loi 12, § 3, au *Dig.*, *De inoff. testam.*)

La *querela inofficiosi testamenti* s'éteint :

2<sup>o</sup> Par l'expiration d'un certain délai.

Primitivement, ce délai était de deux ans, au témoignage de Pline le Jeune, contemporain de Trajan.

A une époque ultérieure, il fut prorogé à cinq ans. (Loi 8, § 17. — Loi 9, au *Dig.*, *De inoff. testam.* — Loi 5, au Code Théodosien, *De inoff. testam.*)

Quant à son point de départ, il faisait l'objet d'une controverse entre les jurisconsultes romains. Modestin le faisait consister dans

le jour de la mort du testateur; Ulpion, dans l'adition d'hérédité. C'est dans le sens de cette dernière opinion que se prononce Justinien, et avec raison. Tant que l'adition n'a pas eu lieu, le testament peut être abandonné, et alors l'hérédité s'ouvrant ab intestat, la *querela inofficiosi testamenti* est complètement inutile. Ajoutons que la plainte d'inofficiosité n'est possible contre l'*heres scriptus* qu'après l'adition, et qu'il était illogique de faire courir le délai contre l'action avant qu'elle pût être exercée.

Au reste, la durée du temps assigné pour agir était suspendue dans deux cas :

1° Lorsque celui à qui compétait la *querela* se l'était réservée comme moyen subsidiaire dans un autre procès par lequel il avait mis en question la validité du testament. (L. 16, au *Code, De inoff. testam.*)

2° Lorsqu'il y avait une cause grave de suspension, *ex magna et justa causa*. (Loi 8, § 17. — Loi 12, § 2, au *Dig., De inoff. testam.* — Loi 2, au *Code, In quibus causis in integrum...*)

La *querela* s'éteint enfin :

3° Par le prédécès du légitimaire.

Nous avons vu à cet égard l'exception introduite par Justinien, et les difficultés auxquelles elle avait donné lieu. Au surplus, la transmissibilité reprend son empire, lorsque le légitimaire a manifesté d'une manière quelconque l'intention d'exercer la *querela*. (L. 6, § 2. — L. 7, au *Dig., De inoff. testam.*)

---

## APPENDICE.

### INNOVATIONS INTRODUITES PAR LES *Novelles* DE JUSTINIEN.

---

Nous avons déjà rencontré certaines de ces innovations.

Nous avons vu par exemple les changements apportés par Justinien, en ce qui concerne la quotité de la légitime.

Nous avons eu aussi l'occasion de dire que désormais cette légitime devrait être laissée à titre d'héritier, et non plus à titre de

légataire, de fidéicommissaire ou de donataire à cause de mort.

Rien n'empêche du reste d'instituer le légitimaire pour un objet particulier de la succession. Seulement, si dans ce cas cet objet ne forme pas le quart de l'hérédité, il y aura lieu à une *condictio ex lege* en supplément de la légitime (1).

Les causes d'exhérédation ou d'omission, qui, dans la législation antérieure, étaient restées à l'état d'indétermination, sont limitées à un certain nombre de cas.

Il y en a quatorze pour les descendants, sept pour les ascendants, trois pour les frères et sœurs.

Elles doivent être exprimées dans le testament.

Et c'est à l'héritier institué à en prouver la vérité.

Lorsqu'il ne fait pas cette preuve, ou lorsque le testateur a gardé le silence, le légitimaire peut, au moyen de la *querela*, faire tomber l'institution d'héritier, mais seulement cette institution d'héritier; car les affranchissements, les legs et les fidéicommisses restent valables.

Les conditions exigées par les *Novelles* ne le sont pas à peine de nullité, malgré les controverses qui ont été soulevées à cet égard. En conséquence, la plainte d'inofficiosité devra être intentée dans le délai prescrit; faute de quoi, le testament recevra sa pleine et entière exécution.

(1) Nov. 115, ch. 3, pr.

# DROIT FRANÇAIS

---

## DE LA RÉVOCATION DES TESTAMENTS

### ET DE LEUR CADUCITÉ

(Code Napoléon — Art. 1035 — 1047.)

---

## INTRODUCTION

---

Pothier, au chapitre 6 de son *Traité des Donations testamentaires*, s'occupant « de l'extinction des legs et du droit d'accroissement, » c'est-à-dire de la matière même qui fera l'objet de cette dissertation, enseigne, au début de ce chapitre, que l'extinction des legs arrive :

« Ou de la part du testateur,

« Ou de la part du légataire,

« Ou de la part de la chose léguée.

« Ou par le défaut de la condition sous laquelle le legs a été fait. »

Résumant la même pensée et la précisant, nous dirons à notre tour :

Sous l'empire de notre législation actuelle, l'extinction des legs résulte :

1° De la révocation prononcée par le testateur ;

2° De la caducité provenant, soit du légataire, soit de la chose léguée ;

3° Et de la révocation prononcée après le décès du testateur à la demande des héritiers.

En d'autres termes, il y a trois causes d'extinction des legs (1). Elles font l'objet, dans le Code Napoléon, des art. 1035 à 1047. Les articles 1035-1038 traitent de la révocation prononcée par le testateur.

Les articles 1039-1045 s'occupent de la caducité, et traitent à ce sujet du droit d'accroissement.

Enfin, dans les art. 1046 et 1047, le législateur expose les règles de la révocation qui peut être prononcée à la demande des héritiers après le décès du testateur.

Nous nous conformerons à la même division dans le travail qui va suivre, en nous étendant particulièrement sur la difficile matière du droit d'accroissement, tant dans le droit romain que dans le droit français.

## PREMIÈRE PARTIE

### PREMIÈRE CAUSE D'EXTINCTION DES LEGS.

#### RÉVOCATION PRONONCÉE PAR LE TESTATEUR.

Il importe ici et il suffit en même temps de se reporter à l'art. 895, pour demeurer convaincu qu'il est de l'essence même du testament d'être révocable. L'article 895 porte en effet : « Le testament est un acte par lequel le testateur dispose, pour le temps où il n'existera plus, de tout ou partie de ses biens et qu'il peut révoquer. » Ainsi, jusqu'au dernier instant de sa vie, le testateur peut modifier et même révoquer ses dispositions testamentaires.

Ce droit est si essentiel qu'il est même inadmissible, en ce sens que le testateur ne pourrait s'en interdire l'exercice : « *Suprema voluntas potior habetur. Nemo enim eam sibi potest legem dicere, ut à priori ei recedere non liceat.* — La dernière volonté doit être préférée à la première ; car personne ne peut s'imposer la loi de ne point s'écarter de sa première volonté (2). »

(1) Leçon de M. Duverger, du 22 mars 1858.

(2) Loi 22, au *Dij.*, *De legatis*, 3°.

Notons cependant que si, postérieurement à l'époque où il a fait son testament, le testateur avait perdu l'exercice du droit de tester, il aurait par là même perdu la faculté de révoquer. Ainsi une personne teste ; puis elle tombe en état de démence, et son interdiction est prononcée. Elle ne pourra plus révoquer son testament. La folie qui est survenue fait perdre à cette personne la faculté de révoquer, comme la faculté même de tester, mais non le droit d'avoir un testament ; en sorte que le testament antérieur à la folie est maintenu. Au contraire, le condamné à une peine afflictive perpétuelle perd le droit même d'avoir un testament. A quelque époque que ce condamné ait testé, soit antérieurement à sa condamnation contradictoire devenue définitive, soit postérieurement, son testament ne produira aucun effet. Il sera radicalement nul (1).

Nous avons dit que le testateur ne pouvait renoncer à la faculté de révoquer ses dispositions de dernière volonté. Il ne peut même gêner en quoi que ce soit ce pouvoir. Il y avait autrefois une clause fort en usage dans les testaments : c'était *la clause dérogoire*. Une personne faisant son testament déclarait que toute disposition postérieure à ce testament et y dérogeant, qui ne contiendrait pas telle sentence, telle maxime, par exemple : « *Beatus vir qui timet Dominum,* » ne serait pas valable. Cette personne craignait les suggestions, les captations dont elle pourrait être l'objet, et elle prenait ainsi, à l'avance, ses précautions pour assurer l'exécution de ses véritables volontés. Mais une pareille clause était contraire aux principes, au droit même de tester. Le testateur gênait par là son pouvoir de révoquer. Aussi l'ordonnance de 1735, dans son article 76, l'a-t-il proscrite et déclarée de nul effet. L'ordonnance veut que les testaments postérieurs soient valables et puissent révoquer les précédents, quoique le testateur n'ait pas observé ce qu'il s'était prescrit. Notre Code n'a pas reproduit l'article 76 de l'ordonnance de 1735. Mais nul doute que la prohibition qu'il consacrait n'ait été maintenue, et, en effet, aujourd'hui, il n'est plus et il ne peut plus être question de la clause dérogoire.

L'ordonnance de 1735, dans son article 77, prohibait en outre, sauf quelques tempéraments, l'usage des testaments mutuels ou

(1) Art. 3 de la loi du 31 mai 1854, portant abolition de la mort civile.

conjunctifs. L'art. 968 les interdit absolument. C'est là un nouvel hommage rendu par le législateur à la faculté de révoquer. Ainsi un testament ne peut être fait dans le même acte par deux ou plusieurs personnes, soit au profit d'un tiers, soit à titre de disposition réciproque et mutuelle. Par cet article 968, la loi apporte évidemment une restriction à la faculté de tester. Mais ces sortes de testaments dits mutuels ou conjunctifs entraînaient avec eux de grands inconvénients : ils rendaient plus faciles les suggestions ; ils gênaient et entravaient le droit de révoquer, et, de plus, c'était une source de difficultés et de contestations, notamment sur la question de savoir si ce droit même de révoquer subsistait encore pour celui des deux testateurs qui survivait à l'autre. Le législateur a sagement fait de prohiber ces testaments et de maintenir par conséquent au testateur sa pleine et entière liberté.

Voyons maintenant comment le testateur peut exercer cette faculté de révoquer ses dispositions de dernière volonté.

Le Code distingue entre la révocation expresse et la révocation tacite.

Les articles 1035 et 1037 s'occupent de la révocation expresse.

Les articles 1036, 1037 et 1038 traitent de la révocation tacite.

## § 1<sup>er</sup>.

### RÉVOCATION EXPRESSE.

La révocation expresse est le changement de volonté de la part du testateur, manifesté dans certains actes déterminés par la loi.

En droit romain, il fallait distinguer la révocation : 1<sup>o</sup> de l'institution d'héritier, 2<sup>o</sup> des legs, 3<sup>o</sup> et des fidéicommissaires.

En ce qui touche l'institution d'héritier, dans l'état primitif de la législation, le testament ne pouvait être révoqué que par un testament postérieur.

Sous le Bas-Empire, une constitution de Théodose avait décidé que les testaments cesseraient de valoir dix ans après leur confection. (Loi 10, au Code Théodosien, *De testamentis*.)

Justinien modifia cette constitution en ce sens que, dix ans après avoir testé, le testateur pourrait désormais révoquer son testament,



à la charge de manifester sa volonté dans un acte authentique devant trois témoins. (Loi 27, au Code, *De testamentis*.)

A l'égard des legs, et dans l'ancien droit, de même qu'il y avait des formules solennelles pour léguer, de même il y en avait pour opérer la révocation des legs.

Cette révocation ne pouvait s'opérer que si le testateur s'était servi de termes directement inverses de ceux qu'il avait employés pour léguer.

Néanmoins, lorsqu'il avait manifesté sa volonté dans une autre forme, le legs continuait bien à subsister *ipso jure*; mais il était paralysé par l'*exceptio doli mali*, que l'héritier pouvait opposer à l'action du légataire.

Enfin, dans le dernier état du droit, cette distinction elle-même disparut, et les legs se trouvèrent révoqués de plein droit, de quelques termes que le testateur eût usé.

Quant aux fidéicommiss, ils ont toujours pu être anéantis par un changement de volonté manifesté d'une manière quelconque.

Du reste, les legs et les fidéicommiss, à la différence de l'institution d'héritier, pouvaient être révoqués dans le même testament.

Dans notre ancienne jurisprudence française, nous avons à distinguer entre les pays de droit écrit et les pays de droit coutumier.

Dans les pays de droit écrit, où la législation romaine était généralement suivie, il fallait observer, pour la révocation des legs et des fidéicommiss, les mêmes formalités que celles que l'on avait dû remplir pour faire ces legs et ces fidéicommiss.

Au contraire, dans les pays coutumiers, comme les testaments n'étaient assujettis à aucune formalité, la révocation pouvait en avoir lieu par quelque acte que ce fût, pourvu que ce fût par écrit. L'écrit pouvait n'être que signé du testateur.

Le Code n'est allé moins loin que l'ancien droit français, mais en même temps il a été moins rigoureux que le droit romain.

Art. 1035. « Les testaments ne pourront être révoqués en tout ou en partie que par un testament postérieur ou par un acte devant notaires portant déclaration du changement de volonté, »

Ainsi, la révocation expresse ne peut résulter que :

1° D'un testament postérieur ;

2° D'un acte devant notaires, dans lequel le testateur déclarera positivement qu'il révoque son testament ou ses testaments antérieurs.

Pour les conditions de forme de cet acte devant notaires, il faudra observer celles prescrites par l'article 2 de la loi du 21 juin 1843, interprétative de l'article 9 de la loi du 25 ventôse an XI; c'est-à-dire que la présence effective du second notaire ou des deux témoins sera nécessaire, et que mention devra en être faite dans l'acte de révocation.

Deux difficultés se présentent sur le point qui nous occupe.

Supposons d'abord un acte sous seing privé, écrit, daté et signé du testateur, mais ne contenant que ces mots : *Je révoque mes testaments antérieurs*. Cette révocation est-elle valable? oui ou non?

Pour soutenir que non, que le testament subsiste malgré cette révocation, on dit : la loi n'a admis que deux voies pour la révocation des testaments : un testament postérieur ou un acte devant notaires. Or, l'on ne trouve ici ni l'acte devant notaires, cela est bien évident, ni le testament, puisque l'acte ne contient pas de disposition de tout ou partie des biens du *de cujus*. Le *de cujus* n'ayant point disposé n'a point fait de testament; partant, il n'a pas valablement révoqué son testament.

Nous n'adoptons pas cette opinion. Nous pensons qu'en pareil cas la révocation est parfaitement valable, et cela par la raison que voici :

Une révocation par acte olographe nous paraît être à tous égards un testament : elle en a la forme, comme acte écrit, daté et signé du testateur, et elle en a le fond, car ne dispose-t-on pas véritablement, quand l'on attribue son patrimoine aux personnes que la loi a désignées pour vous succéder?

La seconde difficulté est celle-ci :

Le testateur, pour révoquer son testament, a eu recours à la première des deux voies que l'art. 1038 indique. Il a fait un testament. Mais ce second testament est nul pour défaut de formes. Pourra-t-il valoir comme acte révocatoire?

L'acte contient deux choses : révocation du testament antérieur, et nouvelles dispositions testamentaires.

Quoique nul en la forme comme testament, le ferons-nous valoir en tant qu'il a révoqué le premier testament ?

On dit pour l'affirmative :

Il y a ici, de la part du défunt, deux manifestations de volonté. Entre elles le lien n'est point insoluble.

La révocation peut très-bien produire son effet, et la disposition n'en point produire.

Dans ce système, on invoque l'art. 1037, qui dispose que quand l'héritier institué par le second testament ou le légataire ne recueille pas, soit par incapacité, soit par suite de refus, l'institution ou le legs contenu dans un testament qui porte révocation d'un testament antérieur n'en produit pas moins son effet.

Mais nous rejetons ce système. Il est contraire au texte et à l'esprit de la loi.

L'art. 1035 n'admet que deux manières de révoquer un testament antérieur : 1° le testament; 2° l'acte devant notaires. Si le testateur prend la voie du testament, il faut que le testament soit valable. Il teste à nouveau; il doit se conformer aux règles prescrites. En fait, il y a eu de la part du testateur la manifestation d'une volonté complexe, volonté de révoquer son premier testament et volonté d'attribuer ses biens à d'autres personnes. Cette volonté, n'ayant point été exprimée d'une manière légale, ne doit pas recevoir son exécution. La loi n'a pu vouloir parler que d'un testament valable.

Dans l'art. 1037 que l'on oppose, la volonté complexe a été exprimée d'une manière juridique; c'est pourquoi la révocation reçoit son effet, malgré l'incapacité ou le refus de l'héritier institué ou du légataire.

En outre, le premier système est contraire à l'esprit de la loi. La question était déjà controversée dans l'ancien droit. Pothier disait que le testament, quoique nul comme testament, devait valoir comme acte révocatoire. Ricard était d'un avis contraire. L'opinion que soutient le premier système n'est pas dans la loi; nous ne devons pas suppléer à son silence. Donc, tout sera nul, la révocation et les dispositions nouvelles (1).

(1) Leçon de M. Duverger, du 22 mars 1858.

## § II.

### RÉVOCATION TACITE.

Occupons-nous maintenant de la révocation tacite.

L'art. 1036, qui traite de cette révocation, ne reproduit pas la règle du droit romain.

Art. 1036. « Les testaments postérieurs qui ne révoqueront pas d'une manière expresse les précédents n'annuleront dans ceux-ci que celles des dispositions y contenues qui se trouveront incompatibles avec les nouvelles ou qui seront contraires. »

En droit romain, par cela seul qu'il y avait un second testament, le premier testament se trouvait virtuellement révoqué, même quand le second ne parlait pas de révocation : *Testamentum postepius rumrit prius*. On ne pouvait, en effet, à Rome, mourir avec plusieurs testaments.

Au contraire, dans notre ancien droit coutumier, on pouvait mourir avec plusieurs testaments.

C'est la doctrine de notre ancien droit coutumier, que reproduit le législateur dans l'art. 1036.

Le second testament ne fait tomber le premier qu'autant qu'il révoque expressément celui-ci, ou que les deux testaments contiennent des dispositions contraires ou incompatibles entre elles.

Quand y aura-t-il incompatibilité de dispositions testamentaires ?

Quand y aura-t-il contrariété ?

Il y aura incompatibilité, quand il sera impossible que les deux dispositions s'exécutent simultanément.

Exemple : Dans un testament, j'ai légué la pleine propriété d'un domaine à Paul.

Dans un second, je lègue à ce même Paul l'usufruit du même domaine.

Ce second legs révoque le premier. Il y a incompatibilité entre les deux dispositions. La seconde a moins d'étendue que la première. Le legs ne vaudra que pour l'usufruit.

Qu'entendrons-nous par des dispositions contraires ?

Quand il y a incompatibilité, il y a évidemment contrariété.

Mais quel sera le sens exact du mot *contraires* ?

Le Code, en ne le définissant pas, a voulu maintenir sur ce point le pouvoir d'appréciation qui appartenait aux juges dans l'ancien droit.

Exemple : Dans un premier testament, j'ai légué à Paul un domaine. Dans un second testament, j'ai légué à Pierre le même domaine, sans parler de révocation.

Ici il n'y a pas incompatibilité.

Car Paul et Pierre pourraient très-bien concourir.

Peut-être ai-je voulu ce concours entre les deux légataires.

Peut-être ai-je voulu révoquer le premier legs.

Les juges apprécieront les circonstances et rechercheront la volonté probable du testateur. Pothier pense qu'en pareil cas la révocation se présumera facilement.

« La révocation tacite se présume, dit-il..... lorsqu'un  
« testateur lègue par un second testament la même chose  
« qu'il avait léguée par un précédent testament à une autre per-  
« sonne. Si quelques circonstances concourent, on présumera fa-  
« cilement que le testateur, par le legs porté au second testament,  
« a tacitement révoqué celui fait par le premier testament. Un  
« exemple de circonstance qui peut en ce cas faire présumer la  
« révocation du legs porté au premier testament, c'est si le tes-  
« tateur par le second testament lui lègue d'autres choses à la  
« place (1). »

Notre grand jurisconsulte Merlin soutient que le législateur n'a pas entendu maintenir aux juges le pouvoir d'appréciation que l'ancien droit leur donnait en cette matière, et que l'art. 1036 n'annule les dispositions du premier testament, qu'autant qu'il y a impossibilité de les concilier avec celles contenues dans le second. Nous croyons que Merlin s'est trompé ici. Par là, il restreignait le sens de l'art. 1036 à l'incompatibilité. Or, la loi parle de dispositions incompatibles et contraires. Elle ne définit pas le mot *contraires*. Mais les juges seront là pour rechercher la volonté du testateur.

Il peut arriver, il est vrai, que les juges ne parviennent qu'au doute. Dans ce cas, ils devront se prononcer pour le concours des deux légataires, pour l'exécution des deux dispositions.

(1) Pothier, édition de M. Bugnet, t. viii, p. 310.

Donc, c'est une question de fait que celle de savoir s'il y a contrariété (1).

Toutefois, on peut classer méthodiquement les hypothèses dans lesquelles il y a lieu de se demander s'il y a révocation tacite. Il est facile de distinguer à cet égard et très-nettement, trois cas, qui se subdivisent eux-mêmes en trois autres.

1° Le premier testament contient un legs universel, et le second un legs universel, ou un legs à titre universel, ou un legs à titre particulier.

2° Le premier testament contient un legs à titre universel, et le second l'une ou l'autre des trois espèces de legs dont nous venons de parler.

3° Le premier testament contient un legs à titre particulier, et le second, soit un legs universel, soit un legs à titre universel, soit un legs à titre particulier.

**PREMIER CAS.** — Le premier testament contient un legs universel.

*Première question.* — Ce testament est-il révoqué par un second testament contenant aussi un legs universel ?

L'affirmative ne nous paraît pas douteuse. Le testateur a disposé de la même chose, à savoir de son hérédité, au profit de deux personnes différentes. Il y a incompatibilité entre les deux dispositions, et par suite il y a révocation de la première par la dernière.

*Deuxième question.* — Le premier testament est-il révoqué par un second contenant un legs à titre universel ?

Nullement. L'incompatibilité que nous venons de signaler n'existe pas ici. Le *de cuius* a seulement diminué le droit du premier légataire ; mais il n'a pas entendu détruire sa vocation au tout pour le cas où le second serait défaut.

*Troisième question.* — Le premier testament est-il révoqué par un second contenant un legs à titre particulier ?

Poser une pareille question, c'est la résoudre. La négative est évidente.

**DEUXIÈME CAS.** — Le premier testament contient un legs à titre universel.

(1) Leçon de M. Duverger, du 22 mars 1858.

*Première question.* — Ce testament est-il révoqué par un second contenant un legs universel ?

Ce point est controversé.

MM. Aubry et Rau soutiennent qu'il n'y a pas incompatibilité. Les arguments qu'ils font valoir nous paraissent se réduire aux trois considérations que voici :

1° La loi elle-même suppose la possibilité du concours d'un ou de plusieurs légataires à titre universel avec un légataire universel.

2° Si, après avoir institué une personne pour une quote-part de sa succession, le testateur, au lieu d'instituer une autre personne pour la quote-part dont il n'a pas disposé, lui a légué l'universalité de ses biens, c'est uniquement pour lui donner vocation au tout, pour le cas où le premier légataire viendrait à défaillir.

3° Le testateur a voulu laisser à la charge du second légataire l'exécution des dispositions faites en faveur du premier.

Nous ne partageons pas cette opinion.

Le premier argument nous paraît tourner dans un cercle vicieux. Sans doute, la loi suppose maintes fois le concours de légataires à titre universel avec des légataires universels. Mais quand est-ce que cette circonstance se produit ? C'est lorsque le testateur a voulu qu'il en fût ainsi. Or, dans l'espèce proposée, la question est précisément de savoir s'il a eu cette intention, ou si, au contraire, la révocation n'a pas été dans sa pensée.

En second lieu, le législateur ne présume pas que le testateur ait songé à l'accroissement, lorsqu'il a disposé de la même chose au profit de deux personnes différentes dans deux testaments séparés. Nous n'allons pas jusqu'à dire qu'en pareil cas il ne puisse y avoir lieu à l'accroissement ; mais du moins faut-il que le *de cuius* ait clairement manifesté sa volonté à cet égard. S'il ne l'a pas fait, la balance doit pencher plutôt du côté de la révocation.

La dernière raison invoquée par MM. Aubry et Rau nous paraît encore reposer sur une pétition de principes. Oui, le testateur a voulu laisser le premier legs à la charge du second légataire, s'il ne l'a pas révoqué. Mais précisément il s'agit de savoir s'il en est ainsi. Ajoutons que le testateur a disposé deux fois de la même

chose, et que cela suffit pour que l'on doive présumer l'incompatibilité.

*Deuxième question.* — Le premier testament est-il révoqué par un second contenant un legs à titre universel?

En thèse, la négative doit être adoptée. Cela ne fait pas de doute, lorsque les deux dispositions peuvent marcher ensemble et s'exécuter toutes les deux en leur entier. Mais nous croyons la même solution fondée, lorsque, réunies, elles dépassent la quotité disponible. Tout ce qui résultera de cette circonstance, c'est qu'elles seront réduites proportionnellement, conformément au droit commun. Tout cela, bien entendu, sauf une volonté contraire du testateur clairement manifestée.

*Troisième question.* — Le premier testament est-il révoqué par un second contenant un legs à titre particulier?

Ici encore la négative va de soi.

**TROISIÈME CAS.** — Le premier testament contient un legs à titre particulier.

*Première question.* — Ce testament est-il révoqué par un second contenant un legs universel?

Nous nous prononçons et par les mêmes raisons dans le même sens que si la première de ces deux dispositions contenait un legs à titre universel.

*Deuxième question.* — Le premier testament est-il révoqué par un second contenant un legs à titre universel?

Nous distinguerions :

Si le legs à titre universel porte sur une quote-part de l'hérédité, l'incompatibilité ne nous paraît pas exister.

S'il porte sur une certaine classe de biens, par exemple sur tous les meubles ou sur tous les immeubles, il nous semble contenir révocation des legs particuliers qui ont pour objet des choses de la même classe.

*Troisième question.* — Le premier testament est-il révoqué par un second contenant un legs à titre particulier?

En thèse, oui, si les deux legs ont pour objet la même chose. Non, dans le cas contraire.

Toutefois, comme nous l'avons dit plus haut, les juges auront, avant tout, à rechercher la volonté probable du testateur.



Nous avons déjà parlé de l'art. 1057. Nous savons qu'aux termes de cet article, « la révocation faite dans un testament postérieur « aura tout son effet, quoique ce nouvel acte reste sans exécution « par l'incapacité de l'héritier institué ou du légataire, ou par « leur refus de recueillir. » Cette disposition de notre législateur est juste. En effet, la circonstance de l'incapacité ou du refus de l'héritier institué ou du légataire est indépendante de la volonté du testateur. Du moment que celui-ci a constaté son changement de volonté d'une manière juridique et dans un acte qui est valable, bien qu'il ne reçoive pas d'exécution, la révocation, qui est l'expression de cette volonté nouvelle, doit être maintenue. Le sort de cette révocation ne pouvait dépendre d'un événement complètement indépendant de la volonté du testateur, tel que l'incapacité ou le refus de recueillir.

L'art. 1038 s'occupe de la révocation tacite, qui a lieu par l'aliénation que le testateur, postérieurement à son testament, a faite de la chose léguée : « Toute aliénation, » porte cet article, « celle même par vente, avec faculté de rachat ou par échange, « que fera le testateur de tout ou partie de la chose léguée, em- « portera la révocation du legs pour tout ce qui a été aliéné, encore « que l'aliénation postérieure soit nulle, et que l'objet soit rentré « dans la main du testateur. »

Notre Code s'est écarté sur ce point de la doctrine du droit romain.

Nous voyons en effet aux *Institutes* de Justinien, § 12 du titre *De legatis*, que l'Empereur, adoptant en cela l'opinion de Celsus, distingue si lorsque le testateur a aliéné la chose qu'il avait précédemment léguée, il y a eu ou non de sa part *animus adimendi*. S'il y a eu aliénation avec intention de révoquer, le legs s'évanouit, alors même que le testateur redeviendrait propriétaire de la chose léguée. Si, au contraire, l'aliénation a été faite sans intention de révoquer le legs, le testateur étant redevenu propriétaire de la chose léguée, et cette chose se retrouvant dans son patrimoine au moment de sa mort, le légataire pourra la réclamer. Ainsi Justinien fait, d'après Celsus, de l'aliénation une question d'intention. (Gaius, au § 198, *Comin. 2*, nous fait connaître que cette décision de Celsus n'était pas conforme à l'opinion générale.)

L'art. 1038 a enlevé aux juges sur ce point tout pouvoir d'appréciation. L'aliénation emporte révocation, encore que le bien légué, et plus tard aliéné, soit revenu dans le patrimoine du testateur, et cela lors même qu'en aliénant, le testateur se serait réservé la faculté de réméré, et qu'il l'aurait plus tard exercée. Pothier, au contraire, pensait qu'une aliénation de cette nature ne devait pas faire présumer la révocation du legs de la chose ainsi vendue, d'autant plus que ces ventes sont faites le plus souvent *ex causa alicujus urgentis necessitatis*.

Notre Code a voulu, par l'art. 1038, éviter les difficultés et tarir les procès auxquels donnaient lieu ces questions de fait et d'intention.

Ainsi, l'aliénation par elle seule, lors même qu'elle serait nulle, entraîne la révocation du legs.

Toutefois, s'il reste dans les mains du testateur, au moment de sa mort, quelque portion de la chose léguée, le legs subsistera pour cette portion, et le légataire pourra la réclamer.

Nos anciens auteurs distinguaient entre les aliénations nécessaires et les aliénations volontaires.

Pour les premières, en cas de saisie, par exemple, ils disaient que le testateur n'ayant aliéné que comme contraint et forcé, le légataire pouvait réclamer la chose léguée, si, au moment de la mort du testateur, elle se retrouvait dans son patrimoine.

Pour les secondes, le fait seul de la vente entraînait la révocation.

Que faudrait-il décider aujourd'hui?

Nous pensons avec MM. Aubry et Rau sur Zachariæ (1) que l'*animus adimendi legatum* ne saurait se présumer de la part d'un débiteur poursuivi par expropriation forcée; qu'en cas pareil, le débiteur réduit à un rôle purement passif ne manifeste en réalité aucune volonté, et que d'ailleurs ces expressions de l'art. 1038, « toute aliénation que fera le testateur » indiquent clairement que le législateur n'a pu vouloir parler que d'aliénations volontaires.

La révocation tacite peut encore résulter de la destruction même du testament par le testateur. En effet, par cette destruction, le testateur manifeste sa volonté de révoquer.

(1) Tome VI, § 726, p. 193. Édition de 1858.

Si nous supposons un testament olographe et un seul original de ce testament, nul doute que la lacération de cet original unique n'entraîne la révocation du testament en entier.

Mais, s'il y avait plusieurs originaux de ce testament, la destruction d'un seul de ces originaux n'emporterait pas révocation. Pour que cette révocation eût lieu, il faudrait que tous les originaux eussent été détruits par le testateur.

Si nous supposons un testament mystique, qui est resté entre les mains du testateur, il y aura pareillement révocation, si le testateur le détruit. Si le testateur, sans le détruire, brise seulement les cachets, les juges auront à examiner si l'intention du testateur n'a pas été de laisser son testament valoir comme testament olographe.

Enfin que déciderons-nous en cas de destruction d'un testament authentique? Il est évident que, s'il n'y a lacération que d'une expédition de ce testament, cette lacération n'entraînera nullement révocation. Mais si c'était la minute même que le testateur fût parvenu à détruire (ce qui sera bien rare, il faut l'avouer), évidemment, par ce fait, le testateur aurait clairement manifesté l'intention de révoquer.

---

## DEUXIÈME PARTIE

### DEUXIÈME CAUSE D'EXTINCTION DES LEGS:

#### CADUCITÉ.

---

Nous passons à la deuxième cause d'extinction des legs, c'est-à-dire à la caducité, qui peut provenir, soit du légataire, soit de la chose léguée.

Ici la disposition est valable en elle-même, mais elle manque son effet:

Soit par la mort de l'héritier institué ou du légataire;

Soit par la destruction de la chose léguée;

Soit par la répudiation de l'héritier institué ou du légataire;

Soit enfin par leur incapacité.

Quels sont les cas dans lesquels il y a caducité? Nous les trouverons dans les art. 1039-1043.

A qui profitera la caducité? La réponse à cette question sera dans les art. 1044 et 1045, qui traitent du droit d'accroissement.

## CHAPITRE PREMIER

### QUELS SONT LES CAS DANS LESQUELS IL Y A CADUCITÉ

#### § 1<sup>er</sup>.

##### MORT DE L'HÉRITIER INSTITUÉ OU DU LÉGATAIRE

Nous connaissons la définition que le législateur a donnée du testament. Nous savons que c'est une libéralité faite pour le temps où le testateur n'existera plus, une donation faite pour le dernier temps de la vie. Ce n'est qu'à la mort du testateur que la disposition testamentaire doit produire son effet. Il faut donc que le légataire soit vivant à cette époque pour que le legs lui soit acquis. S'il était mort, ses héritiers ne pourraient en réclamer le bénéfice. Car c'est le légataire seul que le testateur a entendu gratifier; les legs sont essentiellement faits *intuitu personæ*. Le prédécès du légataire entraînerait la caducité du legs. « Toute disposition testamentaire, » porte l'art. 1039, « sera caduque si celui en faveur de qui elle est faite n'a pas survécu au testateur. » Ainsi il faut la survie du légataire, et quant à la question de preuve, ce sera aux héritiers du légataire à prouver que celui-ci existait au moment du décès du testateur. En effet il est de principe que c'est à celui qui réclame un droit de prouver l'existence de ce droit.

Sur cette question de survie du légataire, il n'y aura pas lieu d'appliquer les présomptions établies par les art. 720, 721 et 722, dans le cas où le testateur et le légataire seraient morts dans un même événement. Ces présomptions, dans le silence de la loi, ne doivent pas être étendues des successions ab intestat aux successions testamentaires. Quelle en sera la conséquence? C'est que, si les héritiers du légataire ne peuvent parvenir à prouver que le légataire a survécu au testateur, le legs ne sera pas acquitté; il restera dans les mains de ceux qui en étaient grevés.

Il faut, avons-nous dit, que le légataire soit vivant au moment

du décès du testateur, quand le legs est pur et simple ou à terme. Il le faut; mais il suffit qu'il vive à ce moment; sa mort survenant ensuite n'enlèverait point à ses héritiers le bénéfice du legs: il y aurait droit acquis pour eux.

Mais si le legs est fait sous une condition, c'est-à-dire si l'existence en a été subordonnée par le testateur à la réalisation d'un événement incertain, il est caduc, si le légataire vient à décéder avant que la condition soit réalisée. (Art. 1040.)

Sur la même ligne que la condition, il faut placer le terme incertain, c'est-à-dire l'événement dont la réalisation est assurée, mais dont l'époque est incertaine.

Déjà, dans le droit romain, on disait: « *Dies incertus in testamento conditionem facit.* »

Toutefois, il faut observer, à propos tant de la condition que du terme incertain, que, si le testateur a voulu y subordonner, non l'existence, mais l'exécution du legs, il suffira que le testateur survive au *de cuius*, pour qu'il recueille le legs et le transmette à ses propres héritiers, quand bien même il viendrait à mourir avant l'événement. (Art. 1041.)

Si le legs dont il s'agit est fait sous une condition potestative négative de la part du légataire, et que l'on s'en tienne à la rigueur des principes, le legs ne sera exécuté qu'au profit de ses héritiers. Il y a là un résultat qui apparaît tout de suite comme contraire à la volonté du testateur. Les Romains avaient imaginé, pour ce cas, un moyen ingénieux. Le légataire pouvait réclamer immédiatement l'exécution de la disposition, à la charge de donner caution que, s'il faisait défaillir la condition, il restituerait les objets légués. C'était la caution Mucienne. Bien qu'il n'en existe pas de trace dans le Code, on peut cependant en faire encore aujourd'hui l'application, par interprétation de la volonté du défunt. « Toute condition, » porte l'art. 1175, « doit être accomplie de la manière que les parties ont vraisemblablement voulu et entendu qu'elle le fût. » Malgré la place qu'elle occupe au titre des Obligations, cette disposition est générale et ne fait qu'appliquer un principe de bon sens. Or il n'est pas à présumer que le testateur ait été animé d'une intention de libéralité au profit d'un autre que le légataire, et attendre la mort de ce dernier pour exécuter le legs, ce serait mé-

connaître la véritable pensée du défunt. La disposition sera donc immédiatement exécutée, comme dans le droit romain. Mais celui à la charge duquel elle a été mise, ayant un droit éventuel à la restitution des choses léguées, pourra, comme tout créancier conditionnel, faire les actes conservatoires de son droit (art. 1180) et, par suite, demander que la restitution à laquelle il a droit si la condition fait défaut, lui soit garantie par une caution.

## § II.

### PERTE DE LA CHOSE LÉGUÉE.

L'art. 1042, dans son alinéa 1<sup>er</sup>, s'occupe de la caducité du legs par la perte de la chose léguée. « Le legs sera caduc, » dit-il, « si la chose léguée a totalement péri pendant la vie du testateur. » Ajoutons : ou après la mort du testateur, sans le fait ou la faute de l'héritier, ou avant l'événement de la condition, si le legs est fait sous condition. En cas pareil, le legs ne peut produire son effet; il tombe, il est caduc.

La caducité de la chose principale emporte celle des accessoires. Ce principe, nous le trouvons déjà mentionné aux *Institutes* de Justinien, § 17, du titre *De legatis*. L'Empereur dit en effet : « Si servus cum peculio fuerit legatus, mortuo servo vel manumisso, vel alienato, et peculii legatum extinguitur. Idem est, si fundus instructus vel cum instrumento legatus fuerit. Nam fundo alienato et instrumenti legatum extinguitur. »

L'art. 1042, 2<sup>o</sup>, ajoute : « Il en sera de même, si elle a péri depuis sa mort et sans le fait et la faute de l'héritier, quoique celui-ci ait été mis en retard de la délivrer, lorsqu'elle eût dû également périr entre les mains du légataire. » Remarquons qu'ici ce n'est plus un cas de caducité. Le testateur est mort, la chose existant encore; le légataire a eu un droit à cette chose; cette chose a pu rester entre les mains de l'héritier; si elle périt par cas fortuit, le débiteur, c'est-à-dire l'héritier, est libéré. A l'impossible nul n'est tenu. L'art. 1042, dans sa seconde partie, n'est que l'application de l'art. 1302. Nous avons ici un cas d'extinction de la dette par la perte de l'objet de l'obligation, mais non un cas de caducité.

Mais quelle est la différence entre les deux cas? Elle est importante.

Au premier cas, quand il y a caducité, tout disparaît, la chose principale et les accessoires.

Au second cas, quand il y a extinction, comme le droit a été acquis au légataire, ce qui reste de la chose peut être réclaté par lui : « Quod ex re meâ superest, meum est. »

### § III.

#### RENONCIATION DE L'HÉRITIER INSTITUÉ OU DU LÉGATAIRE.

La renonciation par l'héritier institué ou par le légataire forme la troisième cause de caducité des legs.

Disons à ce sujet que le légataire, ne demandant pas la délivrance, quand il doit la demander, est présumé renonçant ; mais qu'il sera présumé acceptant, quand il sera saisi, c'est-à-dire lorsqu'il sera légataire universel, et qu'il n'y aura point d'héritiers à réserve. Mais il peut renoncer. Il aura d'ailleurs le délai de trois mois et quarante jours que la loi accorde pour faire inventaire et délibérer, et par conséquent pour prendre parti, soit pour l'acceptation pure et simple, soit pour l'acceptation sous bénéfice d'inventaire, soit pour la renonciation. C'est dans ce dernier cas que le legs sera caduc.

### § IV.

#### INCAPACITÉ DE L'HÉRITIER INSTITUÉ OU DU LÉGATAIRE.

Nous sommes arrivés à la quatrième et dernière cause de caducité, qui est l'incapacité de l'héritier institué ou du légataire.

Pour recevoir par testament, il faut nécessairement exister à l'instant de la mort du testateur.

Ainsi seraient incapables :

1° Celui qui ne serait pas encore conçu, au moment où le testateur meurt;

2° Et l'enfant qui ne serait pas né viable.

Il y aurait encore incapacité du légataire, si, entre l'époque de la confection du testament et celle de la mort du testateur, le légat-

laire venait à être frappé d'une peine afflictive perpétuelle. (Art. 3 de la Loi du 31 mai 1854.)

## CHAPITRE II

### A QUI PROFITENT LA RÉVOCATION ET LA CADUCITÉ DES LEGS.

Nous allons rechercher maintenant à qui profitent la révocation et la caducité des legs.

Cette question se présente, lorsque l'infirmité résulte, soit de la volonté du testateur, soit du prédécès, de l'incapacité ou de la renonciation du légataire, soit enfin de la défaillance de la condition sous laquelle le legs avait été fait.

En principe, la caducité profite à celui qui était chargé d'acquitter le legs. Elle vient en effet le dispenser d'exécuter l'obligation que le *de cuius* lui avait imposée. C'est ainsi que l'héritier réservataire profite de la caducité du legs universel; le légataire universel, de la caducité du legs à titre universel; le légataire à titre universel, de la caducité des legs à titre particulier; et, en dernière analyse, le légataire à titre particulier, de la caducité des charges dont il était grevé.

La règle générale que nous venons de formuler comporte cependant deux exceptions, résultant:

La première, de la volonté du testateur formellement exprimée par *la substitution vulgaire*;

Et la seconde, de l'interprétation de la même volonté; ce qui donne lieu d'exposer la théorie du *droit d'accroissement*.

*Première exception.* — Substitution vulgaire.

La substitution vulgaire est une disposition par laquelle le testateur appelle une personne à défaut d'une autre au bénéfice du legs. Il en est question dans l'article 898, ainsi conçu: « La disposition par laquelle un tiers serait appelé à recueillir le don, l'hérité ou le legs, dans le cas où le donataire, l'héritier institué ou le légataire ne le recueillerait pas, ne sera pas regardée comme une substitution et sera valable. » Les rédacteurs du Code ont voulu dire que la disposition dont ils parlent ne sera pas considérée comme une substitution fidéicommissaire; mais ils ont pris là une peine inutile; car la substitution fidéicommissaire et la substi-



tution vulgaire ne présentent entre elles d'autre ressemblance que le nom.

*Troisième exception.* — Droit d'accroissement.

Le droit d'accroissement est celui qui a lieu lorsque deux légataires ayant été appelés à recueillir une seule et même chose, et l'un d'eux faisant défaut, l'autre recueille le tout. Ce droit ne reçoit son application qu'en dernier lieu, et à défaut de substitution vulgaire. Si, par exemple, le testateur a dit : « Je lègue ma maison à Pierre et à Paul, et si Pierre fait défaut, je lui substitue Jacques, » le cas prévu venant à se réaliser, la part de Pierre sera recueillie en entier par Jacques, et c'est à défaut de ce dernier seulement qu'il y aura lieu à l'accroissement au profit de Paul.

Il résulte de ce qui précède que l'accroissement ne s'opère que lorsque l'un des légataires ne veut ou ne peut recueillir sa part. Autrement ce légataire aurait transmis cette portion à ses propres héritiers, n'eût-il survécu que d'un instant au testateur.

Avant d'aborder l'étude des art. 1044 et 1045, dans lesquels les Rédacteurs du Code ont formulé leur pensée sur l'accroissement, disons tout de suite que la théorie de l'accroissement repose sur l'interprétation de la volonté du testateur. A-t-il entendu appeler chacun des légataires à recueillir le tout, sans doute leur concours amènera nécessairement le partage de la chose léguée. Que si l'un fait défaut, les autres ne prendront pas, mais conserveront la totalité que le *de cuius* a voulu leur laisser.

En prenant pour point de départ cette idée générale, et en nous plaçant en dehors de toute législation positive, voici comment nous formulerions *a priori* les principes de l'accroissement. Nous distinguerions trois hypothèses :

1° Le testateur a légué une seule et même chose à deux personnes différentes dans une seule et même disposition de son testament, en leur assignant des parts ; de cette manière, par exemple : « Je lègue ma maison à Pierre et à Paul, à chacun pour la moitié. » En ce cas, pas de doute. Il est bien évident que le testateur a voulu réduire à la moitié chacun des deux légataires, et l'attribution du tout à l'un d'eux, pour le cas où l'autre serait défaut, serait une violation manifeste de l'intention formellement exprimée par le *de cuius*.

2° Le testateur a légué une seule et même chose à deux légataires différents dans une seule et même disposition de son testament, mais sans leur assigner de parts ; de cette manière, par exemple : « Je lègue ma maison à Pierre et à Paul. » Ici l'esprit peut hésiter. La vocation de chacun des légataires est-elle solidaire dans la pensée du disposant, ou bien, comme dans le cas précédent, chacun n'a-t-il été appelé qu'à la moitié ? Voilà la question qui peut surgir. Néanmoins, la volonté du testateur devrait être favorablement interprétée, et il faudrait considérer chacun des légataires comme appelé à recueillir le tout. Autrement il est à présumer que le testateur aurait exprimé les parts qu'il entendait attribuer, soit à l'un, soit à l'autre.

3° Le testateur a légué une seule et même chose à deux légataires différents, mais dans deux dispositions séparées, par exemple : « Je lègue ma maison à Pierre. » — « Je lègue la même maison à Paul. » Dans ce cas, la pensée du disposant ne présente aucune obscurité. Il est bien clair qu'il a entendu attribuer la totalité de sa maison à Pierre, la totalité de sa maison à Paul. Et si, dans l'hypothèse précédente, malgré le doute qui, au premier abord, pouvait s'élever, nous nous sommes cependant prononcés en faveur de l'accroissement, à bien plus forte raison la même solution est-elle vraie dans l'hypothèse qui nous occupe.

Ces idées *à priori*, si conformes à la volonté du testateur, saine-ment interprétée, sont loin d'avoir été appliquées par les Rédacteurs du Code. Ils sont tombés à cet égard dans des erreurs graves, qui ont néanmoins pour excuse la difficulté qu'il y avait à concilier sur cette matière certains textes du droit romain avant la découverte des Commentaires de Gaius et des Fragments du Vatican.

Nous sommes donc obligés de jeter un coup d'œil sur la théorie du droit romain.

### *Accroissement dans le droit romain.*

Pour bien comprendre la théorie de l'accroissement dans le droit romain, il faut distinguer soigneusement trois époques de législation :

1° L'époque antérieure au règne d'Auguste ;

- 2° L'époque des lois caducaires;
- 3° Enfin l'époque de Justinien.

### Section I<sup>re</sup>.

*Époque antérieure au règne d'Auguste.*

Il faut distinguer le droit d'accroissement en matière d'institution d'héritier, et le droit d'accroissement en matière de legs.

#### § 1<sup>er</sup>.

*Droit d'accroissement en matière d'institution d'héritier.*

En ce qui concerne les institutions d'héritier, le droit d'accroissement est fondé sur deux idées générales, dont l'une est commune à toutes les législations, et dont l'autre est spéciale au droit romain, et ne peut plus être appliquée aujourd'hui.

La première est la volonté du défunt sagement interprétée.

L'autre n'est autre chose que la règle suivant laquelle, en thèse générale, nul, s'il n'est militaire, ne peut mourir partie testat et partie intestat.

Le testateur, dans une seule et même disposition de son testament, a institué deux héritiers, avec assignation de parts, en attribuant à chacun d'eux d'une manière expresse la moitié de sa succession. Si l'un d'eux fait défaut, à ne consulter que la volonté du *de cuius*, sa part ne devrait pas aller à l'autre. Elle devrait profiter à l'héritier *ab intestat*. Mais si l'on suivait cette volonté, le défunt mourrait partie testat et partie intestat. Pour éviter ce résultat, l'on fait abstraction de l'intention du testateur, et l'on attribue la totalité de la succession à celui des héritiers qui a pu faire adition. Dans cette hypothèse, le droit d'accroissement n'a pas sa base dans la volonté du défunt, mais dans un principe de droit supérieur à cette volonté.

Mais supposons que le *de cuius* ait commencé par instituer un héritier pour la moitié, et qu'ensuite, dans une disposition séparée, il ait institué deux autres héritiers pour l'autre moitié. S'il a cru devoir leur assigner des parts, c'est-à-dire s'il a institué l'un d'eux pour le quart, et cela d'une manière expresse, la règle que nul ne

peut mourir partie testat et partie intestat, domine encore ici dans toute sa force. Ainsi, le quart que n'a pas voulu ou n'a pu recueillir l'un des héritiers institués dans la seconde disposition sera partagé entre l'héritier institué pour la moitié dans la première disposition, et l'héritier institué pour le quart dans la seconde. Que si, au contraire, celle-ci ne contient pas d'assignation de parts, alors l'une des moitiés de la succession a été déferée pour la totalité à deux des institués. Sans doute, s'ils viennent à concourir, le partage s'opèrera. Mais, à défaut de l'un d'entre eux, la volonté du testateur reprendra son empire, et l'autre recueillera la portion vacante, à l'exclusion de l'héritier appelé dans la première disposition. Le principe du droit civil : « *Nemo paganus partim testatus partim intestatus decedere potest,* » ne serait appliqué, et l'héritier unique institué pour la moitié ne recueillerait la totalité qu'à défaut de ceux qui ont été réunis dans la même disposition du testament.

Il peut maintenant arriver qu'après avoir institué un héritier pour la moitié, le testateur institue par une seconde disposition une autre personne pour l'autre moitié, et que, dans une troisième disposition, il appelle une troisième personne à cette seconde moitié. Cette hypothèse doit être traitée comme la précédente, et à plus forte raison. Dans le cas, en effet, où le *de cuius* a réuni les deux derniers héritiers dans une même disposition, quoique sans assignation de parts, un doute peut surgir dans l'esprit, sur le point de savoir s'il n'a pas entendu que les choses se passeraient comme si l'assignation de parts avait eu lieu. Mais, dans le cas qui nous occupe, le doute même n'est pas possible; il est bien évident, en effet, que le testateur a disposé pour le tout de l'une des moitiés de sa succession au profit de chacun des deux derniers institués.

De ce qui précède, il résulte :

1° Que la conjonction *verbis tantum*, c'est-à-dire la vocation de deux héritiers par une seule et même disposition du testament, mais avec assignation de parts, ne met pas obstacle au droit d'accroissement, à raison de la règle que nul ne peut mourir partie testat et partie intestat;

2° Que, dans le cas où deux institués ont été appelés à une quote d'hérédité avec assignation de parts, si l'un d'eux fait défaut, sa portion est recueillie à la fois par le *conjunctus verbis tantum* et

par les héritiers qui dans d'autres dispositions sont appelés à des quotes différentes ;

3° Que si une seule et même quote d'hérédité a été attribuée à deux institués dans une seule et même disposition, sans assignation de parts, dans le cas où l'un d'eux ne veut pas ou ne peut pas recueillir sa part, celle-ci appartient en entier au cohéritier *conjunctus re et verbis*, et en aucune façon à ceux que le disposant a institués pour d'autres quotes dans des dispositions séparées ;

4° Enfin que si une seule et même quote a été assignée pour le tout à deux institués dans deux dispositions différentes, c'est-à-dire à deux institués *conjuncti re tantum*, la défaillance de l'un profitera exclusivement à son *conjunctus*.

Du reste, de quelque manière que l'accroissement s'opérât, il était forcé, et il résultait *ipso jure* de la circonstance que ceux qui en profitaient avaient déjà fait adition d'hérédité à l'époque où, parmi les héritiers, il y en avait qui venaient à défaillir.

De plus, il avait un effet rétroactif, en ce sens que les portions vacantes étaient considérées comme ayant toujours appartenu à celui qui les recueillait ; d'où il résultait que si, au moment où elles venaient à vaquer, il était mort après avoir transmis à ses propres héritiers sa part et portion héréditaire, ceux-ci avaient droit à l'accroissement, qui dès lors s'opérait de portion à portion.

Enfin, quant aux charges dont les parts vacantes pouvaient se trouver grevées, la question de savoir si elles devaient ou non être exécutées par les héritiers auxquels elles étaient attribuées, dépendait de la volonté du testateur ; celui-ci avait-il légué *nominatim et in qui deficiebat*, les legs dont il s'agissait étaient mis à néant. Que s'ils avaient été mis à la charge de l'hérédité en général, en vertu de la formule : « *Quisquis mihi heres erit,* » ils prenaient le caractère d'une délibation à faire sur la succession, et, dans cette dernière hypothèse, l'accroissement avait lieu *cum onere*, à la différence de la première, où il s'opérait *sinè onere*.

## § II.

### *Droit d'accroissement en matière de legs.*

Le droit romain a connu quatre espèces de legs : 1° le legs

*per vindicationem*; 2° le legs *per damnationem*; 3° le legs *sinendi modo*; 4° et le legs *per præceptionem*.

Par le premier, le testateur transfère directement au légataire la propriété de l'objet légué.

Par le second, il condamne son héritier à transférer la propriété au légataire, et donne à ce dernier un droit de créance.

Par le troisième, il condamne son héritier à souffrir que le légataire prenne quelque chose, soit dans le patrimoine de l'hérédité, soit dans le patrimoine personnel de l'institué.

Enfin, par le quatrième, le testateur aboutit absolument au même résultat que par le legs *per vindicationem*, suivant le système professé par les Proculiens, ou, suivant l'opinion des Sabinieniens, il donne à l'un de ses héritiers la faculté d'exercer un prélèvement avant le partage de la succession, ce qui nécessite l'exercice de l'action *familiæ erciscundæ*, et l'application de l'*adjudicatio*.

Ces quatre espèces de legs se distinguent profondément l'une de l'autre, non-seulement par les effets produits, mais encore par la forme que le testateur a employée, et cette forme elle-même est considérée comme l'expression de ce que le testateur a voulu.

Il serait trop long, et, de plus, inutile d'entrer dans les détails de l'accroissement pour chacun de ces legs. Il suffit à l'intelligence de ce que nous avons à dire que nous nous attachions au legs *per vindicationem* et au legs *per damnationem*.

Le testateur peut avoir légué *per vindicationem* une seule et même chose à deux légataires différents, soit dans une seule et même disposition, soit dans deux dispositions séparées de son testament. Ainsi il peut avoir dit :

« Fundum Cornelianum Sempronio et Titio do, lego; » ou bien :  
« Fundum Cornelianum Sempronio do, lego; fundum Cornelianum Titio do, lego. » Dans le premier cas, le legs est fait *conjunctim*. Dans le second, il est fait *disjunctim*. Dans le premier cas, les jurisconsultes interprètent la volonté du testateur en ce sens que chacun des conjoints a été appelé à la totalité, et que le droit de l'un ne peut souffrir de diminution que par le concours de l'autre. Dans le second, leur interprétation est absolument la même. Sur ces deux points, ils n'ont jamais hésité. Leur doctrine était, comme on le voit, l'application des règles générales que nous avons posées

à priori, conformément à l'intention du disposant sainement entendue. Nous n'avons pas besoin d'ajouter que, dans le legs fait *conjunctim*, l'accroissement ne s'appliquait pas, s'il y avait eu assignation de parts. Ainsi, dans le legs *per vindicationem*, dès qu'il y a unité d'objet, et vocation des légataires sans assignation de parts, il y a lieu à l'accroissement, soit que le legs ait été fait *conjunctim*, soit qu'il ait été fait *disjunctim*.

Les principes qui régissent le legs *per damnationem* sont directement opposés.

Il n'y a jamais lieu à l'accroissement. Peu importe que les légataires aient été réunis dans la même disposition, ou séparés par deux dispositions différentes. Ainsi, lorsque, dans une seule et même disposition de son testament, le *de cuius* a dit : « Heres meus damnas esto dare fundum Cornelianum Sempronio et Titio. » la créance qui en résulte se divise de plein droit entre les deux légataires : « Damnatio partes facit. » Et si l'un d'eux fait défaut, le droit de l'autre reste réduit à la moitié. En d'autres termes, la *damnatio* produit le même effet que la *conjunctio verbis tantum*, c'est-à-dire la conjonction avec assignation de parts. Lorsque le testateur a dit : « Heres meus damnas esto dare fundum Cornelianum Sempronio, — « Heres meus damnas esto dare fundum Cornelianum Titio, » chacun des légataires, malgré le concours de l'autre, devient créancier de la totalité, et si l'héritier exécute en nature la disposition au profit de l'un, il sera obligé de l'exécuter par voie d'équivalent vis-à-vis de l'autre. De telle sorte que, l'un faisant défaut, l'autre reste exactement dans la même situation que s'ils avaient concouru. Le *jus accrescendi* n'a donc encore ici aucune application possible.

Revenons au cas où l'accroissement a lieu, c'est-à-dire au legs *per vindicationem*.

En matière de legs, comme en matière d'institution d'héritier, l'accroissement s'opère *ipso jure*, et les légataires qui ont déjà recueilli leurs parts sont forcés de recevoir les parts vacantes. La raison, du reste, est la même. En acceptant le bénéfice de la disposition, chacun des légataires a par cela même accepté tout ce que le testateur a entendu lui laisser. Or la volonté du *de cuius*, seule base du droit d'accroissement, a été de léguer la totalité à

chacun des appelés, de telle sorte que leur concours seulement devait opérer le partage.

De là il résulte que l'accroissement a lieu *sinè onere*, à moins que l'intention du testateur n'ait été de considérer les charges comme une délibation à faire sur son hérité, quels que fussent d'ailleurs les légataires.

De là il résulte aussi que l'accroissement rétroagit au jour où ceux qui en profitent ont recueilli leurs propres parts, de façon que, s'ils sont précédés après avoir transmis leurs parts à leurs héritiers, l'accroissement s'effectuera de portion à portion.

## Section II.

### *Époque des lois caducaires.*

Sous l'empire des lois caducaires, il faut distinguer trois espèces de dispositions :

- 1° Les dispositions caduques;
- 2° Les dispositions *in causâ caduci*;
- 3° Et les dispositions *pro non scriptæ*.

Les dispositions caduques sont celles qui sont valables *ab initio*, mais qui échappent à l'appelé, parce qu'il n'a pas rempli dans le délai voulu les conditions nécessaires pour les recueillir. Il faut ranger dans cette classe : 1° les legs qui sont faits à un Latin Junien, lorsque dans les cent jours après que le *dies cessit*, il n'est pas devenu citoyen romain ; 2° ceux qui s'adressent aux *cœlibes*, quand ils ne se sont pas mariés dans le délai précité ; 3° ceux enfin dont le *de cuius* a voulu gratifier les *orbi*. Bien que ces diverses personnes aient la *factio testamenti*, elles n'ont pas le *jus capiendi*. Ce *jus capiendi* est enlevé aux Latins Juniens par la loi *Junia Norbana*, aux *cœlibes* et aux *orbi* par les lois *Julia* et *Papia Poppœa*, rendues sous le règne d'Auguste, avec cette différence néanmoins que les *cœlibes* sont frappés d'incapacité pour le tout, et les *orbi* pour la moitié seulement.

Doivent être placés sur la même ligne, les legs qui tombent par la répudiation, l'incapacité ou la mort du légataire avant l'ouverture des tablettes, *antè apertas tabulas*. Car, pour augmenter les chances de caducité, des sénatus-consultes postérieurs aux lois *Julia* et



*Papia Poppæa* avaient reculé jusqu'à ce moment l'époque où *diēs legati cedebat*.

Les dispositions *in causâ caduci* sont celles qui ont manqué leur effet par suite d'une cause survenue du vivant du testateur; par exemple, si le légataire meurt ou perd la *factio testamenti* entre la confection du testament et la mort du testateur.

Enfin sont considérées comme *pro non scriptæ* les dispositions qui sont nulles *ab initio*, c'est-à-dire à l'époque même de la confection du testament.

Toutes les dispositions caduques, ou assimilées aux caduques sont attribuées à l'*ærarium* dès le règne d'Auguste, et plus tard au fisc, par une constitution d'Antonin Caracalla. Suppression en principe du droit d'accroissement, telle est la règle posée par les lois caducaires.

Mais à côté de cette règle se rencontrent trois restrictions remarquables, désignées sous le nom de : *Solidi capacitas, jus antiquum in caducis* et *jus caduca vindicandi*.

La *solidi capacitas* est la capacité qu'ont certaines personnes de recueillir la totalité de ce que le testateur leur a laissé, bien qu'elles ne remplissent pas les conditions exigées en général par les lois *Julia* et *Papia Poppæa*. Les lois dont il s'agit, venues à une époque où la population avait été décimée soit par les proscriptions, soit par les guerres civiles, et où la tendance à s'éloigner du mariage était devenue générale, avaient bien frappé de caducité les dispositions au profit des *cælibes* ou des *orbi*; mais elles n'avaient pu aller jusqu'à infliger les mêmes peines aux personnes trop âgées ou trop jeunes pour se marier ou avoir des enfants. Aussi ces lois avaient accordé des exemptions aux vieillards de soixante ans et aux mineurs de vingt-cinq ans. Indépendamment de toute condition d'âge, elles avaient aussi excepté les cognats du testateur jusqu'au sixième degré inclusivement. Toutes ces personnes avaient la *solidi capacitas*, telle que nous l'avons définie. Mais si elles pouvaient profiter pour le tout de ce qui leur était attribué dans le testament, elles ne pouvaient recueillir les parts caduques ou *in causâ caduci*, ni les empêcher d'aller au fisc.

Le *jus antiquum in caducis* n'est autre chose que le droit d'accroissement, conservé, par exception, tel qu'il était dans l'an-

cienne législation, au profit des ascendants ou des descendants du testateur jusqu'au troisième degré inclusivement. Ainsi les ascendants ou les descendants du testateur jusqu'au degré déterminé peuvent non-seulement recueillir le bénéfice des dispositions faites à leur profit, mais encore recevoir les parts caduques *jure accrescendi*.

Enfin le *jus caduca vindicandi* est le droit accordé aux *patres* de revendiquer les portions caduques ou assimilées aux caduques.

Ces notions générales étant données, il faut comparer le *jus antiquum in caducis* avec la *solidi capacitas* d'une part, et le *jus caduca vindicandi* d'autre part.

Et tout d'abord le *jus antiquum in caducis* diffère de la *solidi capacitas*, en ce qu'il a pour conséquence l'attribution des dispositions caduques aux *liberi* et aux *parentes*, tandis que cette conséquence n'est pas attachée à la *solidi capacitas*.

De plus, lorsque les *solidi capaces* ont été institués héritiers, et qu'ils ont été grevés de legs, si ces legs sont caducs, leur caducité ne profite pas aux *solidi capaces*, mais aux *patres* qui ont le *jus caduca vindicandi*; tandis que si des legs caducs ont été mis à la charge d'un ascendant ou d'un descendant du testateur, les *patres* n'auront pas le droit de venir revendiquer entre les mains de ces derniers les legs qui viennent ainsi à défaillir.

Voyons maintenant en quoi le *jus antiquum in caducis* diffère du *jus caduca vindicandi*. Cette comparaison présente une utilité pratique au point de vue de notre législation actuelle. C'est pour avoir confondu le *jus caduca vindicandi* avec le *jus accrescendi* que les Rédacteurs du Code Napoléon ont édicté la malheureuse règle formulée en l'article 1045; et comme le *jus antiquum in caducis* n'est autre chose que l'ancien *jus accrescendi*, le distinguer soigneusement du *jus caduca vindicandi* est une tâche nécessaire pour faire comprendre l'erreur dans laquelle est tombé le législateur français.

Le *jus antiquum in caducis* n'exige pas la condition de paternité, comme le *jus caduca vindicandi*.

Ainsi que l'ancien droit d'accroissement, il a lieu *ipso jure*, sans que les parts caduques puissent être répudiées par les *liberi* et les *parentes*.

Le *jus caduca vindicandi* s'exerce volontairement. Les *patres* peuvent ne pas profiter de la récompense que leur accordent les

lois caducaires, et laisser aller au fisc les portions caduques qu'ils pourraient recueillir.

En vertu du *jus antiquum in caducis*, l'accroissement a lieu *sinè onere*, du moins en thèse générale.

Les *patres* ne peuvent exercer le *jus caduca vindicandi* qu'à la charge d'exécuter les legs ou les fidéicommiss qui grèvent les dispositions frappées de caducité.

Enfin le *jus antiquum in caducis* ne peut recevoir d'application que si les *parentes* et les *liberi* se trouvent dans les conditions exigées dans l'ancien droit pour l'exercice du *jus accrescendi*, c'est-à-dire lorsqu'il s'agit d'un legs *per vindicationem* fait *disjunctim*, ou bien *conjunctim*, mais sans assignation de parts.

Toutes ces conditions ne sont pas nécessaires pour exercer le *jus caduca vindicandi*. Les *patres* n'ont pas besoin d'être conjoints pour revendiquer les portions caduques. Sans doute ils puiseront dans la conjonction, ainsi que nous allons la définir, le droit d'être préférés à tous autres. Mais, à défaut de conjonction, ils ne seront pas pour cela exclus des parts caduques. En effet, celles-ci sont attribuées par les lois caducaires, tout d'abord aux *patres* qui sont conjoints, ensuite aux *patres* qui sont héritiers, enfin et en dernier ordre aux *patres* qui ne sont ni légataires conjoints ni héritiers, mais qui ont seulement la qualité de légataires.

Ceci nous amène à parler des fameuses lois 142, au *Dig., De Verborum significatione*, et 89, au *Dig., De Legatis*, 3°, dont le sens est resté si longtemps inconnu, et que nos anciens interprètes rattachaient au *jus accrescendi*, et non à la *caducorum vindicatio*, dont il est question dans ces fragments. Ils sont extraits en effet d'un Commentaire du jurisconsulte Paul sur les lois *Julia* et *Papia Poppæa*.

La législation d'Auguste, ainsi que nous l'avons déjà dit, donnait le *jus caduca vindicandi* et, par suite, la préférence sur le fisc tout d'abord aux *patres* qui étaient conjoints. Mais elle avait gardé le silence sur la définition à donner de ce mot conjoints, et la signification qu'il devait recevoir fut ainsi laissée à l'interprétation de la jurisprudence.

Nous examinerons en premier lieu comment il fut entendu dans les institutions d'héritier, ce qui fait l'objet de la loi 142

précitée, ensuite comment il le fut dans les legs, ce dont s'occupe la loi 89.

En matière d'institution d'héritier, Paul commence par distinguer trois espèces de conjonction :

1° La conjonction *re*;

2° La conjonction *re et verbis*;

3° La conjonction *verbis tantum*.

Il n'hésite pas à considérer les *conjuncti re et verbis* comme véritablement conjoints au point de vue des lois caducaires.

Il arrive ensuite aux *conjuncti re tantum*. Le testateur a dit : « Lucius Titius ex parte dimidiâ heres esto. Seius ex parte quâ Lucium Titium heredem institui heres esto. Sempronius ex parte dimidiâ heres esto. » Julien avait hésité sur le point de savoir s'il fallait faire trois parts de l'hérédité ou deux seulement. Mais Paul fait observer que Sempronius ayant été institué *ex parte dimidia*, il est vraisemblable que Lucius Titius et Seius ont été réunis pour l'autre moitié, et qu'en conséquence il faut les considérer comme conjoints.

Maintenant le texte ne parle pas des *conjuncti verbis tantum*, et sur ce point, nous n'oserions pas suppléer pour notre propre compte au silence gardé par le jurisconsulte.

Voici donc comment nous formulérons notre pensée sur ce passage de Paul :

En ce qui touche les institutions d'héritier, sont préférés au fisc et peuvent exercer le *jus caduca vindicandi* :

1° Les *conjuncti re et verbis*;

2° Les *conjuncti re tantum*;

Et 3° peut-être les *conjuncti verbis tantum*, pourvu, bien entendu, qu'ils soient *patres*.

Ainsi lorsqu'il s'agissait des institutions d'héritier, les jurisconsultes, dans l'interprétation des lois caducaires, s'étaient exactement conformés à la pensée du testateur, du moins à l'égard des deux premières classes de *conjuncti*. On peut même ajouter qu'ils s'étaient conformés à la même idée à l'égard de la troisième classe de *conjuncti*, à supposer, ce qui à nos yeux peut faire doute, qu'ils aient donné le *jus caduca vindicandi* aux *conjuncti verbis tantum*. Bien que le testateur ait assigné des parts à chacun des institués, ne peut-on pas

dire qu'il a voulu seulement régler l'hypothèse du concours, et que, s'il avait prévu la défaillance de l'un d'entre eux, il aurait appelé chacun à la totalité, aimant mieux, sans nul doute, que la caducité profitât aux cohéritiers qu'au fisc.

Quoi qu'il en soit, le système de la jurisprudence pour le règlement du *jus caduca vindicandi* en matière de legs était loin d'être le même.

Après avoir indiqué les trois espèces de conjonction, Paul, dans la loi 89 précitée, donne sans hésitation le *jus caduca vindicandi* aux *conjuncti re et verbis*. Il l'attribue même aux *conjuncti verbis tantum*, mais après avoir douté. Quant aux *conjuncti re tantum*, il le leur refuse résolument.

Ainsi, nous voyons le *jus caduca vindicandi* concédé à des *conjuncti* qui n'avaient pas le *jus accrescendi* à savoir aux *conjuncti verbis tantum*, ou aux légataires réunis par la même disposition dans un legs *per damnationem*, et refusé à des conjoints qui avaient le *jus accrescendi* aux *conjuncti re tantum*.

La marche suivie par la jurisprudence en cette matière se conçoit très-bien, lorsqu'il s'agit des *conjuncti re et verbis*. On les avait toujours regardés comme appelés, par la volonté du testateur, à la totalité de la chose, pour le cas où l'un serait défaut.

Elle se conçoit aussi en ce qui concerne les *conjuncti verbis tantum*. Quoiqu'en effet ceux-ci n'eussent pas le *jus accrescendi*, et qu'à ce point de vue les jurisconsultes eussent posé la règle : *semper partes habent*, on comprend que ceux-ci eussent interprété plus favorablement la volonté du disposant pour écarter l'application des lois caducaires.

Mais comment s'expliquer qu'ils aient formellement refusé le *jus caduca vindicandi* aux *conjuncti re tantum*? Ici, le moindre nuage ne pouvait planer sur la volonté du testateur. Il était bien évident que la totalité de la chose avait été expressément attribuée par lui à chacun des appelés. L'étonnement devient encore plus grand quand on compare la doctrine suivie en matière de legs à la doctrine suivie en matière d'institution d'héritier. Tandis que les légataires *conjuncti re tantum* sont exclus du *jus caduca vindicandi*, les cohéritiers *conjuncti re tantum* en sont investis. Ce défaut d'harmonie et cette infidélité à la volonté du testateur, en matière de legs,

n'ont jamais été expliqués d'une manière bien satisfaisante. Peut-être le langage de la pratique a-t-il exercé son influence sur les décisions de la jurisprudence romaine. A l'égard des institutions d'héritier, on n'avait jamais, parait-il, hésité à faire l'application du mot *conjuncti* à des héritiers appelés dans deux dispositions séparées à la totalité d'une même quote; seulement, on les avait nommés *conjuncti re tantum*. Au contraire, en ce qui concerne les legs, les textes portent des traces évidentes des scrupules qu'avaient eus certains jurisconsultes à qualifier de *conjuncti* les légataires désignés dans deux dispositions séparées pour recueillir la totalité d'une seule et même chose. Dans l'usage, on les appelait *disjuncti*; et il est probable que les variations de langage, suivant qu'il s'agissait de cohéritiers ou de colégataires, auront déterminé la jurisprudence à consacrer des décisions également différentes en ce qui touche le *jus caduca vindicandi*, suivant qu'il s'agissait d'un legs ou d'une institution d'héritier. Les jurisconsultes auront fait le raisonnement suivant: l'expression *conjuncti* a dû être employée par les lois *Julia* et *Papia Poppæa*, dans le sens consacré par les habitudes vulgaires du langage. Les héritiers institués pour la même quote dans deux dispositions séparées ont toujours été appelés *conjuncti*, bien que *re tantum*. Le législateur a dû, en conséquence, les comprendre dans les *patres conjuncti* auxquels il donnait la *caducorum vindicatio*, et les placer sur la même ligne que les autres *conjuncti*. Au contraire, les légataires auxquels le testateur a laissé la totalité d'une seule et même chose, dans deux dispositions différentes de son testament, sont désignés dans la pratique sous la dénomination de *disjuncti*. Aussi, le législateur n'a-t-il pu vouloir les comprendre dans les *patres conjuncti* qu'il investissait du *jus caduca vindicandi*.

Quoi qu'il en soit, nous signalons entre le *jus accrescendi* et le *jus caduca vindicandi* cette différence qui a exercé une influence si fâcheuse sur le système du Code Napoléon, faute d'avoir été saisie par ses Rédacteurs. Jamais le *jus accrescendi* n'a été refusé aux légataires *conjuncti re tantum*. Le refus n'a toujours porté que sur le *jus caduca vindicandi*.

### Section III.

*Époque de Justinien.*

Les lois caducaires, partiellement abrogées par Constantin, l'ont été définitivement par Justinien. Ce prince rétablit l'ancien droit d'accroissement, mais avec certaines modifications. Lui aussi, il distingue les trois conjonctions. Il donne le *jus accrescendi* aux *conjuncti re et verbis* et aux *conjuncti re tantum*; mais il le refuse aux *conjuncti verbis tantum*. Sur tous ces points, il est d'accord avec les anciens jurisconsultes. Mais voici les innovations que contient son système :

Il n'y a plus de différence à faire entre les quatre espèces de legs.

De plus, l'accroissement n'a pas lieu de la même manière et avec les mêmes effets dans la conjonction *re et verbis* et dans la conjonction *re tantum*.

Dans la conjonction *re et verbis*, l'accroissement est volontaire et s'opère *cum onere*.

Dans la conjonction *re tantum*, il est forcé et s'opère *sine onere*.

L'idée qui sert de base à cette distinction est celle-ci : lorsque le testateur a réuni les deux appelés dans une seule et même disposition de son testament, bien qu'il ne leur ait pas assigné des parts, on peut dire cependant que cette assignation a été dans la pensée du disposant. En conséquence, à défaut de l'un des appelés, l'autre recueille la totalité, non en vertu d'un droit qui lui soit propre, mais du chef du défaillant. Quand, au contraire, le testateur a séparé les deux appelés, en attribuant à chacun d'eux la totalité d'une seule et même chose, si l'un fait défaut, l'autre ne tient rien de lui, mais tout de la volonté du testateur. Il y a là un véritable non-décroissement plutôt qu'un accroissement proprement dit.

L'idée que Justinien a prise pour point de départ ne nous paraît pas pouvoir être justifiée. Si on la poussait jusqu'à ses dernières conséquences, elle aboutirait à la suppression de l'accroissement dans la conjonction *re et verbis*. Si l'assignation de parts, non exprimée dans le testament, est sous-entendue dans la pensée du testateur, il faut la traiter comme si elle avait été formellement énoncée. Dans l'un comme dans l'autre cas, il faut suivre l'intention du dispo-

sant, et si l'assignation expresse des parts est exclusive de l'accroissement, il doit en être de même et par la même raison de l'assignation tacite.

A notre sens, chacune des personnes gratifiées est appelée à la totalité de la chose, soit par la conjonction *re et verbis*, soit par la conjonction *re tantum*. Dans l'une comme dans l'autre hypothèse, chacune d'elles, à défaut des autres, recueille le tout, en vertu d'une vocation propre et personnelle, et dans les deux cas, si nous n'hésitions pas à nous écarter du langage reçu, nous dirions qu'il y a un non-décroissement plutôt qu'un accroissement.

### *Accroissement dans le Droit français.*

Nous abordons maintenant le système suivi par les Rédacteurs du Code Napoléon sur le droit d'accroissement. C'est l'objet des art. 1044 et 1045 ainsi conçus :

Art. 1044. « Il y aura lieu à accroissement au profit des légataires dans le cas où le legs sera fait à plusieurs conjointement.

« Le legs sera réputé fait conjointement lorsqu'il le sera par une seule et même disposition et que le testateur n'aura pas assigné la part de chacun des légataires dans la chose léguée. »

Art. 1045. « Il sera encore réputé fait conjointement quand une chose, qui n'est pas susceptible d'être divisée sans détérioration, aura été donnée par le même acte à plusieurs personnes, même séparément. »

Quel est le sens de ces deux articles ? A quelles espèces de legs s'appliquent-ils ? Quels sont les effets de l'accroissement dans les cas où il a lieu ? Tels sont les trois objets dont nous allons successivement nous occuper.

### § 1<sup>er</sup>.

#### *Sens des articles 1044 et 1045.*

Les art. 1044 et 1045 ont reçu deux interprétations, dont l'une est généralement suivie en doctrine et en jurisprudence, et dont l'autre a été mise en avant par un professeur célèbre, M. Proudhon.



lequel, par un moyen ingénieux, a tâché d'épargner aux Rédacteurs du Code les reproches qu'ils ont justement encourus.

Nous exposerons d'abord l'opinion générale, ensuite l'opinion particulière de M. Proudhon, en la réfutant.

D'après l'opinion générale, les art. 1044 et 1045 s'occupent de trois hypothèses :

- 1° De la conjonction *re et verbis* ;
- 2° De la conjonction *verbis tantum* ;
- 3° De la conjonction *re tantum*.

Il est question des deux premières dans l'art. 1044, et de la dernière dans l'art. 1045.

L'accroissement est admis dans la conjonction *re et verbis*, repoussé dans la conjonction *verbis tantum*, repoussé encore dans la conjonction *re tantum*, du moins en thèse générale.

Reprenons successivement chacun de ces trois cas.

Le premier est réglé par l'art. 1044 en ces termes : « Le legs sera réputé fait conjointement, lorsqu'il le sera par une seule et même disposition. » Et, sur ce point, les Rédacteurs du Code se trouvent d'accord avec les traditions historiques et la saine interprétation de la volonté du testateur.

Le second cas est aussi traité par le même article 1044 de la manière suivante : « ... et que le testateur n'aura pas assigné la part de chacun des légataires dans la chose léguée. »

Ainsi, pour qu'il y ait lieu à l'accroissement, il ne suffit pas que les légataires aient été réunis dans une seule et même disposition ; il faut de plus que le testateur ne leur ait pas assigné des parts.

Ici encore le législateur a suivi d'une manière fidèle l'interprétation des anciens jurisconsultes romains en matière de *jus accrescendi* ; il s'est exactement conformé à la volonté présumée du défunt.

Toutefois, il n'y aura pas toujours conjonction *verbis tantum* lorsque le *de cujus* aura exprimé des parts. Il peut se faire que cette assignation ne porte pas sur le legs lui-même, mais bien sur le mode d'exécution. En d'autres termes, il est possible que le testateur ait entendu, non pas réduire définitivement, et quelles que fussent les circonstances ultérieures, chacun des légataires à la portion exprimée, mais régler le partage, à supposer que chacune des personnes gratifiées recueille le bénéfice de la disposition, de telle

sorte que, si ce concours fait défaut, chacun soit apte à profiter du tout.

Le troisième cas, celui de la conjonction *re tantum*, est réglé comme il suit par l'art. 1043 : l'objet légué est-il susceptible d'être partagé sans détérioration, la conjonction *re tantum* est exclusive de l'accroissement. Elle l'admet, au contraire, dans le cas opposé.

La solution donnée dans cette troisième hypothèse par les Rédacteurs du Code a été justement critiquée. Comment concevoir que, dans une matière où c'est la volonté du testateur qui joue le plus grand rôle, la question de l'accroissement dépende d'une circonstance purement accidentelle, c'est-à-dire de la possibilité de partager sans détérioration la chose léguée ? Si l'accroissement est admis dans la conjonction *re et verbis*, et cela sans aucune espèce de distinction tirée de la nature de l'objet, alors cependant qu'un doute sur la pensée du *de cuius* peut surgir, à combien plus forte raison ne devrait-il pas en être de même quand il s'agit de la conjonction *re tantum*, lorsque le défunt a disposé de la totalité de la chose au profit de chacun des légataires ?

C'est ici que les Rédacteurs du Code, au lieu de suivre l'ancienne jurisprudence romaine relative au droit d'accroissement, ont adopté, sans la comprendre, l'interprétation des lois *Julia* et *Papia Poppæa*, telle qu'elle avait été donnée par les jurisconsultes, et qu'ils ont fait passer en principe dans le Code la théorie du *jus caduca vindicandi*, ainsi confondue avec celle du *jus accrescendi*.

M. Proudhon, comme nous l'avons déjà indiqué, a fait des efforts pour concilier les dispositions du Code avec la volonté du testateur, et pour défendre le législateur contre l'accusation d'avoir commis une si grave méprise. Suivant cet auteur, les articles 1044 et 1045 ne s'occupent que de la conjonction *re et verbis* et de la conjonction *verbis tantum*. Ils ont jugé superflu de parler de la conjonction *re tantum*. Dans cette hypothèse, en effet, il ne peut venir à l'esprit de personne de douter que l'accroissement ne soit admis. La pensée du testateur se trouve trop clairement exprimée pour qu'il soit possible de la méconnaître. Mais il fallait parler de la conjonction *re et verbis*, et, à bien plus forte raison, de la conjonction *verbis tantum*. Le législateur s'est occupé de la première dans l'article 1044, et de la seconde dans l'article 1045, en admettant

que l'une donnerait toujours lieu à l'accroissement, tandis que l'autre y donnerait lieu, lors seulement que la chose ne serait pas susceptible d'être partagée sans détérioration. Obligé de plier à son système la rédaction des articles 1044 et 1045, M. Proudhon interprète le dernier comme si les mots *par le même acte* signifiaient *par la même disposition*, et les mots *même séparément*, *même avec assignation de parts*; de telle sorte que l'article 1045 devrait être lu de la manière suivante : « Il sera encore réputé fait conjointement quand une chose, qui n'est pas susceptible d'être divisée sans détérioration, aura été donnée par la même disposition à plusieurs personnes, même avec assignation de parts. »

Cette théorie n'a pas été admise, et à juste titre, comme étant l'expression de la pensée du Code. Elle est incompatible avec les termes mêmes dont se sert la loi; et, de plus, elle n'évite un reproche à l'article 1045 que pour lui en faire encourir un autre.

Nous disons tout d'abord qu'il y a incompatibilité entre la doctrine professée par M. Proudhon et la rédaction des articles 1044 et 1045. Après avoir réglé la conjonction *re et verbis* et parlé de la conjonction *verbis tantum* dans l'article 1044, le législateur, suivant M. Proudhon, se serait occupé dans l'article 1045 de la dernière des deux hypothèses prévues par l'article 1044, afin de la modifier pour le cas où la chose léguée ne serait pas susceptible d'être divisée sans détérioration. Or, cela n'est pas admissible. Il n'est pas possible de croire que, si les Rédacteurs du Code n'avaient pas entendu viser un cas différent de la conjonction *verbis tantum*, lorsque le partage de la chose léguée ne peut pas s'effectuer sans détérioration, ils auraient pris la peine de promulguer une disposition à part, au lieu de formuler leur pensée dans l'article 1044 lui-même. Le mot *encore*, que l'on trouve dans l'article 1045, indique bien que leur but était d'énoncer une série d'hypothèses complètement distinctes les unes des autres.

De plus, si les expressions *même séparément* désignaient non pas deux legs séparés faits dans un même testament, mais une assignation de parts dans un seul et même legs, suivant le cas réglé dans l'article 1044, *in fine*, celui d'une conjonction *verbis tantum*, les mots *par un même acte* de l'article 1045 seraient complètement inutiles.

Enfin cette dernière locution, comparée à celle dont se sert l'art. 1044, 2<sup>e</sup> alinéa, indique bien que *le même acte* dont parle l'art. 1045, c'est le même testament, et que la séparation dont il s'agit désigne non des parts distinctes, mais deux legs séparés.

Nous ajoutons en second lieu que M. Proudhon ne sort d'un inconvénient pour tomber dans un autre. Suivant nous, si, dans l'hypothèse d'une conjonction *verbis tantum*, le législateur avait admis l'accroissement quand la chose peut se partager sans détérioration, il eût été tout aussi blâmable que pour l'avoir repoussé dans la conjonction *re tantum*, alors que l'objet légué peut être facilement divisé. La décision que M. Proudhon suppose être celle donnée par les Rédacteurs du Code aurait été une violation de l'intention du testateur tout aussi manifeste que celle qu'ils ont véritablement exprimée dans l'art. 1045. Dès que l'intention du défunt a été de réduire définitivement le droit de chacun des légataires par une assignation de parts, qu'importe la circonstance purement accidentelle que la chose puisse ou non se diviser sans détérioration? De même, dans le cas où cette intention a été d'attribuer la totalité de la chose à chacun des légataires, qu'importe le partage plus ou moins facile de l'objet légué?

## § II.

*Dispositions testamentaires auxquelles s'applique la théorie des articles 1044 et 1045.*

Les art. 1044 et 1045, applicables sans nul doute avec la signification que nous leur avons donnée, aux legs à titre particulier, s'appliquent-ils également soit aux legs universels, soit aux legs à titre universel?

Et d'abord s'appliquent-ils aux legs universels?

Si l'on se prononce dans le sens de l'affirmative, l'accroissement entre légataires universels n'aura jamais lieu lorsqu'ils auront été appelés par deux dispositions séparées du testament, en d'autres termes, quand ils seront *conjuncti re tantum*. En effet, l'hérédité considérée comme universalité de choses, c'est-à-dire comme un objet incorporel, est toujours susceptible d'être divisée sans détérioration. Or, ce serait là un résultat trop déplorable, trop directement contraire à la volonté du testateur, pour que nous puissions

l'admettre. Nous pensons, au contraire, qu'il y aura toujours lieu à l'accroissement entre les légataires universels dont il s'agit. Les précédents historiques, la rédaction de l'art. 1045, la pensée qui l'a dicté, sa combinaison avec la disposition même dans laquelle le législateur s'est occupé de définir le legs universel, tout indique que les art. 1044 et 1045 ne sont faits que pour les legs à titre particulier.

Reprenons successivement chacune de ces idées.

Les Rédacteurs du Code se sont occupés de formuler la théorie de l'accroissement au point de vue des mêmes dispositions testamentaires dont s'occupait Pothier, lorsque ce jurisconsulte exposait ses idées sur la même matière. Or, Pothier se plaçait toujours au point de vue des legs à titre particulier, et rien dans les art. 1044 et 1045 ne démontre que le législateur se soit écarté de ce point de vue.

Bien plus, les termes mêmes dont l'art. 1045 s'est servi révèlent que les legs à titre particulier ont été l'exclusive préoccupation du Code. Le mot *chose* fait allusion à un objet déterminé. Pour que la question de l'accroissement puisse se présenter, il faut qu'il y ait vocation de chacun des légataires à la même chose. C'est là une condition *siné qua non* et qui a été dans l'idée du législateur. Or, le contraste entre le cas où les légataires sont appelés à recueillir le même objet et le cas où ils sont appelés à recueillir des objets différents ne peut se présenter lorsque la chose dont le testateur a disposé est l'hérédité elle-même. Ajoutons que les rédacteurs de l'art. 1045 ont eu pour but d'établir une opposition entre l'hypothèse où il est possible de partager la chose léguée sans détérioration et l'hypothèse inverse. Or, il est bien impossible que cette opposition se produise, quand il s'agit de quelque chose d'essentiellement divisible, comme une universalité de biens.

Enfin l'art. 1003 définit le legs universel : « la disposition testamentaire par laquelle le testateur donne à une ou plusieurs personnes l'universalité des biens qu'il laissera à son décès. » Ainsi il est de l'essence du legs universel de contenir vocation au tout, soit qu'il y ait un seul légataire, soit qu'il y en ait plusieurs, et, dans ce dernier cas, soit que ces légataires aient été désignés dans une seule et même disposition, soit qu'ils l'aient été dans des

dispositions séparées; car l'article 1003 n'uso à cet égard d'aucune espèce de distinction. Exclure l'accroissement entre légataires universels parce qu'au lieu d'être *conjuncti re et verbis* ils le sont *re tantum*, c'est dire que les legs universels faits dans des dispositions séparées ne sont pas des legs universels, puisqu'ils ne contiennent pas vocation au tout, ce qui évidemment implique contradiction.

Nous concluons, en conséquence, que l'article 1045 n'a pas d'application possible aux legs universels.

Les mêmes raisons nous conduisent à la même solution en ce qui touche les legs à titre universel. Dès le moment que les art. 1044 et 1045 laissent en dehors de leurs prévisions les dispositions qui ne sont pas des legs à titre particulier, il y a place pour la saine interprétation de la volonté du testateur, et il n'y a aucun motif pour séparer, en matière d'accroissement, les legs à titre universel des legs universels.

### § III.

#### *Effets de l'accroissement.*

Les effets de l'accroissement soulèvent les deux questions suivantes:

- 1° Quelles sont les personnes qui profitent de l'accroissement?
- 2° Quelles sont les conséquences de l'accroissement par rapport aux charges?

#### *Personnes qui profitent de l'accroissement.*

L'accroissement profite aux colégataires conjoints *re et verbis*, et aux colégataires conjoints *re tantum*, dans le cas où cette conjonction n'est pas exclusive du *jus accrescendi*.

Il faut néanmoins observer que dans l'hypothèse où l'on rencontre à la fois des *conjuncti re et verbis* et des *conjuncti re tantum*, les premiers l'emportent sur les seconds, si l'un d'entre eux vient à faire défaut. Ainsi le testateur a dit: « Je lègue ma maison à Pierre et à Paul. Je lègue la même maison à Jacques. » Pierre et Paul ne forment qu'une seule tête; ils auront, en cas de concours, la moitié de la maison, et Jacques l'autre moitié. Si Pierre ne veut pas ou ne peut pas recueillir son quart, cette part

vacante augmentera la part de Paul seulement, et ne pourra être recueillie par Jacques quo si Pierre et Paul font tous les deux défaut.

Il va du reste sans dire que l'accroissement entre colégataires aura lieu dans la proportion de la part de chacun d'eux dans le legs.

Le droit d'accroissement fait partie du legs lui-même.

En conséquence il s'opère, comme dans la législation romaine, de portion à portion; d'où il suit que les colégataires au profit desquels il s'est ouvert, ou peut s'ouvrir, le transmettent à leurs propres héritiers avec les portions qui leur appartiennent de leur propre chef.

Quant au point de savoir si le bénéfice de l'accroissement est de plein droit compris dans la cession que le colégataire au profit duquel il vient de s'ouvrir a faite de ses droits, c'est là une question de fait et d'intention qui doit être abandonnée à l'appréciation des Tribunaux.

#### *Conséquences de l'accroissement par rapport aux charges.*

Les Rédacteurs du Code avaient ici à opter entre trois systèmes différents :

1° Celui de l'ancien droit romain, relatif au *jus accrescendi* ;

2° Celui des lois caducaires, par rapport au *jus caduca vindicandi* ;

3° Celui de Justinien.

Nous savons que dans l'ancien droit romain le *jus accrescendi* s'opérait forcément et *sinè onere* ;

Que, sous l'empire des lois *Julia* et *Papia Poppæa*, le *jus caduca vindicandi* s'exerçait volontairement, mais *cum onere* ;

Enfin que, sous Justinien, il y avait lieu de distinguer entre la conjonction *re et verbis* et la conjonction *re tantum*. Dans la première, l'accroissement s'opérait volontairement et *cum onere*. Dans la seconde, il avait lieu forcément, mais *sinè onere*.

Nous nous sommes déjà prononcé, contre le système suivi par Justinien, répudié du reste pour sa subtilité par nos anciens juriconsultes, tels que Ricard et Pothier. « Cette subtile distinction, » disait ce dernier, entre les différentes espèces de légataires par

« rapport au droit d'accroissement, n'est point, selon que  
« l'enseigne Ricard, admise dans nos usages. »

Reste donc à prendre pour modèle l'ancienne jurisprudence romaine, ou celle qui fut adoptée pour le *jus caduca vindicandi*.

Avant tout, il faudra rechercher l'intention du testateur. A-t-il voulu imposer la charge à la personne même du légataire défaillant, ou bien à la portion vacante? Dans le premier cas, l'accroissement s'opèrera *sinè onere*. Dans le second, *cùm onere*.

Dans le doute, nous admettons en thèse que l'accroissement aura lieu avec les charges, et qu'il sera volontaire.

Telles étaient les deux règles admises dans nos anciens usages français, comme l'attestent Ricard et Pothier; et les Rédacteurs du Code n'ont nulle part manifesté l'intention d'innover. Tout au contraire, l'erreur dans laquelle ils sont tombés en rédigeant l'art. 1045, prouve qu'ils ont pris pour type le *jus caduca vindicandi*. Or, nous savons que le droit de revendiquer les parts caduques n'imposait aucune contrainte aux légataires, mais aussi qu'il les mettait dans l'obligation d'exécuter les charges, lorsqu'ils l'avaient volontairement exercé.

Dans les développements qui précèdent, nous avons toujours supposé des legs de pleine propriété. Les règles que nous avons tracées s'appliquent-elles également aux legs d'usufruit?

Dans le droit romain, la théorie de l'accroissement touchant cette espèce de legs présentait les trois particularités suivantes :

1° Il n'a jamais été supprimé par les lois caducaires ;

2° Il s'opérait de personne à personne ;

3° Il avait lieu même lorsque tous les légataires, ayant recueilli leur part, l'usufruit venait ensuite à s'éteindre en la personne de l'un d'eux.

La première de ces particularités ne présente qu'un souvenir purement historique.

La seconde est la conséquence même de la nature du droit d'usufruit, essentiellement viager, et non transmissible héréditairement.

Il ne peut y avoir difficulté que sur l'application actuelle de la troisième.

Les jurisconsultes romains la justifiaient par une idée qu'ils exprimaient ainsi : « *quotidiè ususfructus legatur.* » L'usufruit doit



être considéré comme faisant l'objet de plusieurs petits legs successifs et quotidiens, de telle sorte que si un jour arrive où l'un des légataires ne puisse pas venir par son concours diminuer la part des autres, ceux-ci doivent recueillir la portion qui lui serait échue.

C'est là une subtilité complètement étrangère à l'esprit de notre Droit. Néanmoins, nous croyons qu'il faut encore suivre, pour le fond des choses, la théorie du droit romain, et cela par les considérations suivantes :

Lorsqu'il s'agit d'un legs ayant pour objet la pleine propriété, et que tous les appelés ont recueilli le bénéfice de la disposition commune, la transmission qui s'opère ensuite à leurs héritiers de leur part et portion est un obstacle perpétuel à l'accroissement, et l'on n'exprime qu'une vérité de fait quand, parmi les conditions du *jus accrescendi*, l'on exige que l'un des légataires n'ait jamais concouru avec les autres.

La même raison n'existe plus, lorsque c'est un usufruit qui a été légué. Ici, l'obstacle qui paralyse l'accroissement est toujours temporaire. Le testateur le sait, et l'on interprète raisonnablement sa pensée, en ce sens qu'il n'a voulu le retour à la nue propriété d'aucune des fractions de l'usufruit, tant qu'il y aurait un légataire survivant.

---

## TROISIÈME PARTIE

### TROISIÈME CAUSE D'EXTINCTION DES LEGS.

#### RÉVOCATION PRONONCÉE APRÈS LE DÉCÈS DU TESTATEUR A LA DEMANDE DES HÉRITIERS.

Il s'agit maintenant de la révocation des legs prononcée après le décès du testateur, à la demande des héritiers, c'est-à-dire de la révocation encourue par le fait des légataires.

Cette révocation se produit dans les deux cas suivants :

1° Lorsque le légataire n'exécute pas les charges et conditions qui lui ont été imposées par le testateur.

2° Lorsqu'il se rend coupable envers lui d'ingratitude.

## CHAPITRE PREMIER

### DE LA RÉVOCATION DES LEGS POUR CAUSE D'INEXÉCUTION DES CHARGES ET CONDITIONS.

L'art. 1046 porte : « Les mêmes causes qui, suivant l'article 954..., autoriseront la demande en révocation de la donation entre vifs, seront admises pour la demande en révocation des dispositions testamentaires. »

Ainsi, les règles qui régissent la révocation des donations entre vifs pour inexécution des conditions s'appliquent également à la révocation des legs encourue pour la même cause.

Nous avons à voir :

1° Quelles sont les personnes à qui compète l'action en révocation pour inexécution des conditions ;

2° Quelle est la nature de leur droit ;

3° Quel est le caractère et quels sont les effets de cette révocation.

#### § 1<sup>er</sup>.

##### PERSONNES A QUI COMPÈTE L'ACTION EN RÉVOCATION POUR INEXÉCUTION DES CONDITIONS.

L'action en révocation pour inexécution des conditions compète aux héritiers du testateur, et à leurs créanciers, qui pourront agir en leur lieu et place, conformément à l'art. 1166.

#### § II.

##### NATURE DE LEUR DROIT.

Lorsqu'en matière de donations entre vifs on recherche quelle est la nature du droit qui appartient aux personnes intéressées, dans le cas où le donataire n'exécute pas les conditions imposées à

la donation, il y a controverse sur le point de savoir si, laissant de côté la révocation, elles ont le droit de le contraindre à cette exécution. L'art. 1046 renvoyant à l'art. 954, la solution que l'on adoptera pour les libéralités entre vifs sera également vraie pour les dispositions testamentaires.

Il importe donc de rechercher sur ce point quelle a été la véritable pensée du législateur.

Deux systèmes ont été soutenus à cet égard.

Dans une première opinion, on prétend que le donataire entre vifs est *personnellement* obligé à l'exécution des charges, et que, s'il ne satisfait pas volontairement à un engagement semblable, le donateur a contre lui une action pour l'y contraindre. On invoque comme principal argument à l'appui de cette thèse l'art. 463. D'après cet article, la donation faite au mineur ne peut être acceptée qu'avec l'autorisation du conseil de famille, et, à l'égard du mineur, elle a le même effet qu'à l'égard du majeur. Voici la double induction qui en a été tirée : 1° la donation entre vifs peut entraîner des dangers pour le mineur; autrement, l'on ne concevrait pas l'intervention du conseil de famille; or, quels sont ces dangers, sinon ceux qui consistent dans l'obligation d'exécuter des charges? 2° il était bien inutile de dire que la donation entre vifs, faite à un mineur et acceptée avec l'autorisation du conseil de famille, aurait, à l'égard du mineur, le même effet qu'à l'égard du majeur, si l'on entend cette proposition dans le sens des effets actifs produits par la libéralité. Il était par trop évident qu'en pareille hypothèse le mineur devait, à l'égal d'un majeur, être investi de la propriété des objets donnés. Mais la règle posée sur ce point par l'art. 463, 2°, devient, au contraire, très utile à énoncer, si elle signifie que l'acceptation de la donation, après autorisation du conseil de famille, impose au mineur, comme elle imposerait à un majeur, l'obligation d'exécuter les charges.

Dans une seconde opinion, que, pour notre compte, nous adoptons pleinement, on commence par réfuter l'argument qui précède de la manière suivante : 1° la nécessité de l'intervention du conseil de famille se conçoit aisément, même abstraction faite des dangers auxquels le mineur pourrait être exposé par suite de l'exécution des charges. En effet, lors même qu'une li-

libéralité n'est soumise à aucune condition, le conseil de famille doit être appelé à délibérer sur la question de savoir si la donation n'est pas de nature à compromettre la moralité du mineur ; et, en dehors d'une pareille considération, quand la donation est faite avec des charges, un préjudice matériel ne peut-il pas résulter pour le mineur de la révocation ? Supposez en effet que, par sa faute ou son dol, il ait dégradé les objets donnés ; ne sera-t-il pas responsable de ces dégradations, puisqu'il l'est de ses délits et de ses quasi-délits (art. 1310) ? 2° quant à la deuxième phrase de l'art. 465, nous convenons qu'elle serait parfaitement inutile si elle ne devait s'appliquer qu'aux effets actifs de la donation. Mais elle s'applique aussi aux effets passifs, sans qu'il soit nécessaire d'aller chercher une obligation personnelle qui serait imposée au mineur comme au majeur, relativement à l'inexécution des conditions. Ne peut-elle pas signifier que le mineur, comme le majeur, sera soumis au rapport, à la réduction, à la prestation de la dette alimentaire vis-à-vis du donateur, à la révocation pour cause de survenance d'enfant, pour cause d'ingratitude, etc ?

Cette réfutation une fois faite, le deuxième système que nous exposons s'établit directement par les raisons suivantes :

Lorsque le donataire accepte la donation, il entend recevoir une libéralité, et nullement contracter une obligation. Son intention n'est pas de s'engager vis-à-vis de qui que ce soit. C'est ainsi du reste que le législateur a envisagé les choses. Dans le projet du Code, la donation entre vifs était définie un *contrat*. Dans la rédaction définitive, elle fut appelée un *acte*, et la raison de cette substitution fut que la donation n'engendrait pas des obligations réciproques. C'était là, sans doute, se faire une idée bien fautive de la nature des contrats, puisqu'il y a des contrats unilatéraux. Mais enfin il résulte bien de ce changement de rédaction que le législateur ne considérait pas la donation comme étant de nature à engendrer des engagements du côté du donataire.

Appliquant la théorie qui précède aux legs faits avec charges, nous dirons : En acceptant la disposition testamentaire, la pensée du légataire a été de recueillir l'émolument à lui laissé par le testateur, et nullement de s'engager vis-à-vis des héritiers à exécuter

les conditions; d'où il résulte que le droit de ces derniers devra se borner à demander la révocation du legs.

### § III.

#### CARACTÈRE ET EFFETS DE LA RÉVOCATION POUR INEXÉCUTION DES CONDITIONS.

La révocation de la donation entre vifs, et, par suite, des legs pour inexécution des charges et conditions, a lieu en vertu d'un pacte commissaire tacite; d'où la conséquence qu'elle revêt le caractère judiciaire. Cela veut dire que le légataire n'encourt pas la déchéance par cela seul qu'il a laissé passer le temps qui lui avait été accordé pour satisfaire aux conditions. Il peut encore se soustraire à la révocation, tant qu'elle n'a pas été prononcée par la justice, et le tribunal saisi de la demande pourra, suivant les circonstances, suivant aussi les règles du droit commun, accorder un délai de grâce; passé lequel, un nouveau jugement prononcera de toute nécessité la révocation.

Les principes qui précèdent recevront exception dans deux cas :

1° Lorsque le testateur a dit que les conditions devraient être exécutées dans un certain délai, faute de quoi le legs serait révoqué de plein droit;

2° Lorsqu'il a pris la précaution d'ajouter qu'il serait révoqué de plein droit et sans sommation.

La portée de l'exception est loin d'être la même dans les deux hypothèses.

Dans la première, la seule échéance du terme n'enlève pas au légataire la faculté d'exécuter les charges. Le législateur présume l'indulgence de la part des héritiers, et pardonne un oubli possible de la part du légataire. Il faudra que les premiers fassent tomber la présomption légale d'indulgence, et réveillent le légataire de sa sécurité au moyen d'une sommation. Mais, après cette sommation, le tribunal ne pourra plus accorder de terme de grâce; il n'aura qu'à vérifier si les offres faites par le légataire d'exécuter les charges portent une date postérieure à celle de la sommation, et dans le cas de l'affirmative, il devra prononcer la révocation.

Dans la deuxième hypothèse, une sommation ne sera plus même

nécessaire. La déchéance sera encourue par la seule expiration du délai fixé dans le testament.

La révocation produira des effets, soit à l'égard du légataire, soit à l'égard des tiers qui ont traité avec ce dernier.

A l'égard du légataire, elle lui impose la restitution des objets légués, ainsi que celle des fruits perçus à partir du moment où il est entré en possession, et non pas seulement à partir de la demande. Il ne faut pas, du moment qu'il s'est soumis par sa faute à la déchéance du legs, qu'il puisse retirer le moindre profit de la disposition que le testateur lui avait faite.

A l'égard des tiers, la révocation du legs donne lieu contre eux à une action en revendication, et, tandis que la demande contre le légataire lui-même dure trente ans, conformément à la règle générale posée par l'art. 2262, la revendication contre les tiers est soumise à une prescription plus ou moins longue, suivant les cas. Il y aura lieu d'appliquer ici les principes qui régissent la durée de la prescription acquisitive.

## CHAPITRE II

### DE LA RÉVOCATION POUR CAUSE D'INGRATITUDE.

L'art. 1046 porte : « Les mêmes causes qui, suivant.....  
« les deux premières dispositions de l'art. 955, autoriseront  
« la demande en révocation de la donation entre vifs, seront  
« admises pour la demande en révocation des dispositions testa-  
« mentaires. »

Et l'article 1047 est ainsi conçu : « Si cette demande est fondée  
« sur une injure grave faite à la mémoire du testateur, elle doit être  
« intentée dans l'année, à compter du jour du délit. »

Ces dispositions étant connues, nous examinerons :

- 1° Quels sont les cas dans lesquels la révocation des legs peut être prononcée pour cause d'ingratitude ;
- 2° A qui et contre qui compète cette action ;
- 3° Quel est le délai accordé aux personnes intéressées pour agir en révocation ;

4° Enfin quel est le caractère de la révocation pour cause d'ingratitude, et quels en sont les effets.

### § 1<sup>er</sup>.

#### CAS DANS LESQUELS LA RÉVOCATION DES LEGS PEUT ÊTRE PRONONCÉE POUR CAUSE D'INGRATITUDE.

Ces cas sont au nombre de trois.

La révocation pour cause d'ingratitude peut être prononcée :

- 1° Lorsque le légataire a attenté à la vie du testateur ;
- 2° Lorsqu'il s'est rendu coupable envers lui de sévices, délits ou injures graves ;
- 3° Lorsque le légataire a fait une injure grave à la mémoire du testateur.

Pour que la première hypothèse se présente, il n'est donc pas nécessaire que le légataire ait subi une condamnation pour avoir donné la mort ou tenté de donner la mort au défunt. La révocation pour cause d'ingratitude diffère, sous ce point de vue, de la déclaration d'indignité. La raison en est que la déclaration d'indignité intervertit l'ordre légal des successions. Dès lors elle est admise moins facilement que la révocation d'un legs pour cause d'ingratitude, laquelle, au contraire, est un retour au droit commun en matière d'hérédité.

Du reste, il n'est pas nécessaire que les actes dont le légataire s'est rendu coupable réunissent tous les caractères constitutifs de la tentative, telle qu'elle est définie par l'art. 2 du Code pénal. Il suffit qu'ils manifestent clairement, de la part du légataire, l'intention de donner la mort à son bienfaiteur.

Cette observation fait tomber la critique qui a été quelquefois adressée aux Rédacteurs du Code, d'avoir commis un double emploi dans l'art. 955, alinéas 1 et 2, et d'avoir parlé d'une manière spéciale de l'attentat à la vie du donateur (nous disons, nous, du testateur), alors que cet attentat pouvait parfaitement rentrer dans la définition des sévices, délits ou injures graves.

Pour qu'il y ait lieu à l'application de la deuxième hypothèse, il n'est pas nécessaire que le délit dont le légataire s'est rendu coupable ait été commis contre la personne du testateur. Dirigé contro

les biens de ce dernier, il serait la base d'une révocation pour cause d'ingratitude.

Mais, quelle que soit l'hypothèse dans laquelle on se trouve, les faits articulés à l'appui de la demande en révocation pour cause d'ingratitude doivent présenter un caractère tel qu'on puisse les imputer au légataire. Celui-ci ne serait donc pas exclu du bénéfice du legs, s'il avait tué le testateur dans un accès de démence, ou s'était rendu coupable d'un simple homicide par imprudence.

Mais, à l'inverse, la minorité ne serait pas une cause d'excuse, s'il était reconnu d'ailleurs que c'est volontairement et avec discernement que le légataire mineur a commis envers le testateur un fait d'ingratitude.

## § II.

### A QUI ET CONTRE QUI COMPÈTE L'ACTION EN RÉVOCATION POUR CAUSE D'INGRATITUDE.

#### 1° A qui ?

L'action en révocation pour cause d'ingratitude est une de ces actions qui ont pour but la réparation d'une injure, et dans lesquelles l'intérêt pécuniaire ne se présente que secondairement. C'est là l'idée qu'il faut prendre pour guide, lorsqu'on veut déterminer les personnes qui peuvent agir en révocation du legs.

Deux opinions toutefois se sont fait jour sur ce point.

L'une, conçue de la manière la plus large, permet d'agir en révocation indistinctement à toute personne qui est chargée d'acquiescer le legs.

L'autre, plus restreinte et plus conforme, suivant nous, à la véritable pensée de la loi, ouvre l'action aux héritiers seulement, qui sont les continuateurs de la personne du défunt.

Pour soutenir le premier système et dire que l'action en révocation pour cause d'ingratitude forme, dans tous les cas, un accessoire de la disposition faite au profit de la personne destinée à en profiter, on est obligé de prendre pour base l'intérêt pécuniaire. C'est précisément ce point de vue qui nous parait inexact. L'action en révocation pour cause d'ingratitude, comme toutes les actions qui ont pour but la poursuite et la réparation d'une injure, est de



nature à s'éteindre par le pardon de ceux qui sont personnellement atteints par l'offense, et, parmi les successeurs du défunt, ceux-là seulement se trouvent dans cette situation qui continuent sa personne. Si donc il était permis à ceux qui n'ont qu'un intérêt pécuniaire de demander la révocation du legs, ils enlèveraient aux continuateurs du *de cuius* le droit de pardonner, et cela serait contraire à la nature de l'action. D'un autre côté, si la révocation pour cause d'ingratitude pouvait être poursuivie par suite de l'intérêt pécuniaire qu'aurait le demandeur, il s'en suivrait que les héritiers eux-mêmes ne pourraient se plaindre, toutes les fois qu'ils ne seraient pas appelés à recueillir le bénéfice de la disposition révoquée. Sans doute il peut, au premier abord, paraître bizarre que les personnes qui n'ont pas d'intérêt pécuniaire puissent demander la révocation du legs, tandis que celles dont l'intérêt pécuniaire est en jeu ne le peuvent pas. Mais c'est là une conséquence toute naturelle de la nature de l'action. Le silence gardé par les héritiers fait présumer chez eux l'intention de pardonner, et, dès lors, le principe de l'action disparaît.

## 2° Contre qui?

L'action en révocation pour cause d'ingratitude peut être intentée contre le légataire, mais contre lui seul.

Cette proposition est vraie, suivant nous, non-seulement dans le cas où le légataire est mort avant l'exercice de l'action, mais encore dans le cas où il est décédé après le commencement des poursuites et pendant le cours de l'instance. Nous reconnaissons cependant que ce dernier point est sujet à controverse. On peut attaquer notre opinion par les arguments suivants: 1° la règle *omnes actiones quæ morte aut tempore pereunt semel inclusæ iudicio salvæ permanent*, a toujours été admise, et, dans notre ancienne jurisprudence, Ricard et Pothier n'hésitaient pas à l'appliquer à notre matière; 2° l'art. 1046, en renvoyant à l'art. 955, a révélé chez le législateur la pensée d'appliquer à la révocation des legs pour cause d'ingratitude la théorie admise en matière de donations entre vifs. Or l'art. 957 porte que la révocation ne pourra être demandée par le donateur contre les héritiers du donataire. Ainsi, sans aucune espèce de doute, l'art. 957 défend au donateur de former sa demande contre les héritiers du donataire, mais ne

l'empêche nullement de continuer contre eux les poursuites commencées contre leur auteur. Par voie d'analogie, il faut dire que les héritiers du testateur ne peuvent commencer, contre les héritiers du légataire, des poursuites qu'ils n'ont pas dirigées contre lui-même; mais que, s'ils l'ont poursuivi et qu'il soit mort *pendente lite*, l'instance sera continuée contre ceux auxquels sa succession est dévolue; 3° si ceux à qui compète l'action en révocation viennent à mourir au cours de l'instance, nul doute que leurs propres héritiers ne puissent la continuer (art. 957). Or si l'action déjà intentée ne s'éteint pas par le prédécès du titulaire primitif, on ne voit pas pourquoi elle s'éteindrait par le prédécès du défendeur; 4° en agissant contre le légataire, les héritiers du testateur ont fait ce qu'ils ont pu, et ce serait les rendre victimes d'une circonstance purement accidentelle que de les déclarer déchus, par cela seul que le légataire est prédécédé avant qu'on ait pu aboutir à une solution judiciaire.

Reprenons successivement chacune de ces objections.

1° Sans doute la règle *omnes actiones quæ morte aut tempore pereunt semel inclusæ judicio salvæ permanent* dominait dans le droit romain et recevait son application dans notre ancienne jurisprudence française, comme l'attestent Ricard et Pothier; mais si, dans le droit romain, elle a eu sa raison d'être, on ne peut pas en dire autant lorsqu'il s'agit de notre ancien droit, où elle n'avait été admise que par suite de l'influence des souvenirs historiques, et, à plus forte raison, lorsqu'il s'agit du Code. A Rome, et sous l'empire du système formulaire, la *litis contestatio* opérant novation dans le droit du demandeur, et transformait un rapport purement délictueux en un rapport quasi contractuel. Tant qu'il n'y avait pas eu *litis contestatio*, l'action pénale ne passait pas contre les héritiers du délinquant, parce qu'il y avait là une obligation *ex delicto*. Mais, une fois la *litis contestatio* opérée, surgissait un engagement *quasi ex contractu*, lequel, par conséquent, était transmissible contre les héritiers. Cette distinction entre l'action exercée et l'action qui ne l'est pas tenait donc à la novation qui résultait de la *litis contestatio*. Le système formulaire ayant disparu, la règle *omnes actiones...* en tant qu'elle s'applique à la transmissibilité des actions pénales, aurait dû disparaître aussi. Et si les choses ne se sont point passées

de cette manière, c'est que souvent les principes juridiques survivent aux motifs qui les ont fait introduire. Mais sous l'empire de notre Code, lorsque dans aucun article on ne voit la moindre trace d'une règle semblable, il faut savoir se soustraire à l'influence des précédents historiques pour adopter des solutions conformes à la nature des choses.

2° L'argument de texte tiré de l'article 957, deuxième alinéa, n'est pas plus concluant. Le mot *demandée* n'a pas la portée qu'on lui attribue. Cette expression s'applique non-seulement au cas où c'est le donateur qui agit contre les héritiers du donataire, mais encore au cas où ce sont les héritiers du donateur qui agissent contre le donataire. Or, dans cette dernière hypothèse, le verbe *demander* est synonyme du verbe *exiger*. La loi dit en effet que la révocation ne peut être demandée par les héritiers du donateur que si celui-ci a déjà intenté l'action. Il est donc bien évident que la demande dont il s'agit ici s'entend d'une action déjà commencée par le défunt, et non pas seulement d'une action que ses héritiers voudraient exercer pour la première fois; et, dès lors, on ne voit pas pourquoi on devrait lui donner une autre signification plus restreinte lorsque c'est le donateur qui agit contre les héritiers du donataire.

3° On peut, sans tomber dans la moindre inconséquence, décider, d'une part, que les héritiers du donateur peuvent continuer la demande en révocation, et, d'autre part, que cette même demande ne peut être continuée contre les héritiers du donataire ou du légataire. Quand le donataire a survécu, il y a toujours un coupable auquel il est juste et moral d'enlever le bénéfice de la disposition. Quand il est prédécédé, on se trouve en présence de personnes innocentes qui ne peuvent souffrir du méfait de leur auteur, les peines étant essentiellement personnelles.

4° Sans doute les héritiers du testateur vont souffrir d'une circonstance purement accidentelle, à savoir le prédécès du légataire; mais cette considération, qui aurait de la portée si la révocation pour cause d'ingratitude avait pour but la satisfaction d'un intérêt purement pécuniaire, n'en a aucune lorsqu'on envisage le but véritable de la révocation, lequel est la punition d'un délit.

### § III.

#### DÉLAI DANS LEQUEL DOIT ÊTRE EXERCÉE L'ACTION EN RÉVOCATION POUR CAUSE D'INGRATITUDE.

La détermination de ce délai soulève deux questions :

- 1° Quelle est la durée du délai ?
- 2° Quel est le point de départ ?

#### *Durée du délai.*

Deux hypothèses sont ici possibles :

On bien la révocation pour cause d'ingratitude est fondée sur un fait postérieur au décès, sur une injure grave à la mémoire du testateur ;

On bien elle a pour base une cause antérieure à la mort.

Dans le premier cas, l'article 1047 s'exprime clairement. Le délai dans lequel les héritiers doivent demander la révocation est le délai d'un an.

Dans le deuxième cas, il y a un peu plus de difficulté. L'article 1046 se borne à renvoyer à l'article 955, 1° et 2°, c'est-à-dire à deux des causes de révocation des donations entre vifs pour cause d'ingratitude, sans fixer explicitement le terme laissé aux héritiers pour faire révoquer le legs. Néanmoins, tout le monde s'accorde à reconnaître que ce terme est d'un an, dans le cas où le légataire s'est rendu coupable envers le testateur de sévices, délits ou injures graves. Mais l'accord n'est pas aussi parfait, lorsque le légataire a été l'auteur ou le complice de la mort du testateur. Dans cette hypothèse, nous pensons que l'action en révocation du legs doit avoir la même latitude que l'action publique. Cela résulte des travaux préparatoires du Code. L'article 123 du projet, qui est devenu l'article 1047 actuel, se composait de deux alinéas, dont le premier était ainsi conçu : « Si la demande est fondée sur le fait que le légataire était auteur ou complice de la mort du testateur, l'héritier a doit la former dans l'année, à compter du jour du décès du testateur, si la condamnation du légataire est antérieure, et à compter du jour de la condamnation, si elle est postérieure au décès. »

Dans la discussion au Conseil d'État, M. Treilhard dit « qu'il serait « contre l'ordre de laisser un assassin jouir des dépouilles de sa « victime, par cela seul qu'il n'aurait pas été recherché pendant « un an. » M. Tronchet demanda que l'action en déchéance contre le légataire eût la même durée que l'action en poursuite du crime qu'il avait commis. Sur ces observations, le Conseil d'État retrancha la première partie de l'article, et adopta la seconde (1). De là il faut conclure que l'action en révocation des legs pour cause d'ingratitude dure un an, à moins que l'on ne se trouve dans le cas particulier où le testateur a succombé victime d'un meurtre commis par le légataire ou avec sa complicité, auquel cas elle a les mêmes limites que l'action publique.

#### *Point de départ du délai.*

Distinguons encore les deux mêmes hypothèses.

Le demande est-elle fondée sur une injure grave faite à la mémoire du testateur ? Elle doit être intentée dans l'année, à compter du jour du délit, si les héritiers l'ont connu, et, dans le cas contraire, à compter du jour où ils ont pu le connaître. (Art. 1047 combiné avec l'art. 957.)

Est-elle fondée sur un attentat à la vie du donateur ou sur des sévices, délits ou injures graves contre la personne ou les biens du testateur ? Le point de départ est le même lorsque le *de cujus* est mort dans l'ignorance du fait dont le légataire s'est rendu coupable. Dans l'hypothèse contraire, deux opinions se sont produites. Suivant certains jurisconsultes, en ce qui touche les faits accomplis du vivant du testateur, le délai d'une année ne commence à courir, quant aux héritiers, qu'à compter du décès. Ils se fondent sur l'art. 2232, aux termes duquel les actes de pure faculté ne peuvent fonder aucune prescription. Le testateur avait la liberté pleine et entière de révoquer ses dispositions. Il pouvait en user ou ne pas en user. S'il n'a pas exercé la faculté dont il était investi, nul ne peut arguer de son inaction pour invoquer une prescription quelconque. C'est là, nous le croyons, faire une fausse application de l'art. 2232. Si, par hypothèse, le testateur avait été obligé, pour

(1) Fenet. Tomé xii, pages 400 à 402.

révoquer ses dernières volontés, d'intenter une action en justice, sans nul doute la prescription aurait couru à partir du jour où cette action aurait été ouverte; mais, au lieu d'une action, le testateur avait un droit absolu de révocation. A combien plus forte raison ne doit-on pas décider que la prescription a couru de son vivant, en vertu même de la facilité plus grande qu'il avait d'anéantir ses dispositions dernières. N'oublions pas que le silence gardé par le défunt fait présumer de sa part l'intention de pardonner, et une pareille présomption est d'autant plus énergique, d'autant plus concluante, qu'il pouvait plus aisément manifester une volonté opposée.

#### § IV.

CARACTÈRE DE LA RÉVOCATION POUR CAUSE D'INGRATITUDE ET SES EFFETS.

##### *Caractère de la révocation pour cause d'ingratitude.*

L'ingratitude du légataire n'opère pas de plein droit la révocation du legs. Cela veut dire :

1° Que la révocation doit être demandée dans un certain délai; passé lequel, il y a lieu de penser que les personnes y ayant intérêt ont pardonné l'offense;

2° Que les tribunaux ont un pouvoir discrétionnaire pour apprécier l'ingratitude;

3° Et que la révocation, une fois prononcée, n'a pas, du moins en ce qui touche les tiers, d'effet rétroactif.

##### *Effets de la révocation pour cause d'ingratitude.*

Déterminons maintenant les effets de la révocation pour cause d'ingratitude :

1° A l'égard du légataire;

2° A l'égard des tiers.

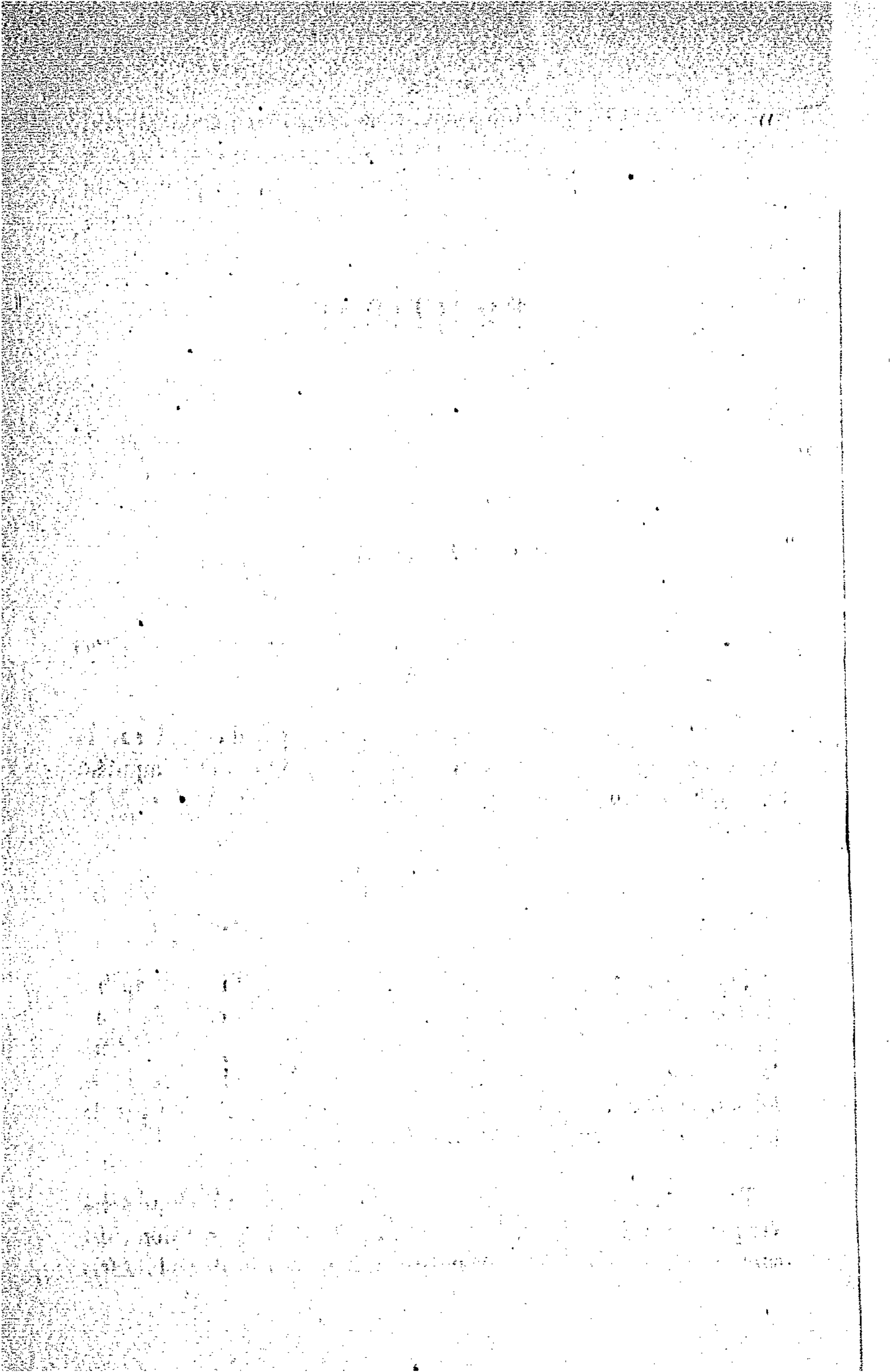
##### *Effets à l'égard du légataire.*

Le légataire est obligé, s'il a été mis en possession, de restituer les objets légués, et de rendre aussi les fruits perçus, mais seulement à partir de la demande. Jusque-là, il a pu espérer de bonne

soi obtenir son pardon. C'est aussi à compter de ce moment qu'il doit compte des détériorations des biens légués, provenant de son fait ou de sa faute. Il est aussi obligé de bonifier, aux héritiers du testateur, la valeur, eu égard au temps de la demande, de ceux des objets légués qu'il aurait aliénés, et de les indemniser à raison des hypothèques ou autres charges dont il les aurait grevés, sans qu'il y ait lieu de distinguer si ces aliénations ou constitutions de droits réels ont été faites à titre onéreux ou à titre gratuit.

### *Effets à l'égard des tiers.*

Le principe est que la révocation pour cause d'ingratitude étant une peine, et les peines étant personnelles, les tiers qui ont traité avec le légataire ne peuvent pas, du moins en général, avoir à souffrir de l'anéantissement du legs. Toutefois, en matière de donations entrevifs, la révocation pour cause d'ingratitude préjudicie aux aliénations, hypothèques et autres charges créées par le donataire sur l'objet de la donation, quand ces actes sont postérieurs à l'inscription faite par le donateur de l'extrait de la demande en révocation, en marge de la transcription prescrite par l'art. 939. Que si la donation n'est pas, d'après sa nature, susceptible d'être transcrite; si, par exemple, elle a pour objet des meubles, il est généralement admis, conformément aux principes de notre ancienne jurisprudence, que les effets de la révocation quant aux tiers remontent au jour de la demande. Il faut suivre la même solution dans la matière qui nous occupe, les mutations par décès n'étant pas susceptibles de transcription. Il faut en conclure que la révocation à l'égard des tiers remontera au jour de l'action en justice intentée par les héritiers du donateur. Cependant nous admettrions un tempérament à cette règle, pour le cas où l'objet du legs consisterait dans une créance que le testateur avait contre un tiers. En pareille hypothèse, nous imposerions aux héritiers l'obligation de rendre publique leur demande en révocation, et cela par une signification au débiteur (art. 1690). En effet, la révocation pour cause d'ingratitude a pour conséquence de faire passer la créance de la tête du légataire sur celle des héritiers, et il entre dans l'esprit de la loi que cette mutation soit notifiée au débiteur.





# POSITIONS

---

## DROIT ROMAIN

I. — Il y avait dévolution de la *querela inofficiosi testamenti* d'un ordre à l'autre, mais non d'un degré à l'autre.

II. — Les jurisconsultes romains n'étaient pas d'accord sur le point de savoir si les donations entre vifs devaient être imputées sur la légitime, lorsque telle avait été la condition expresse de la libéralité.

III. — Pour calculer la légitime, il fallait compter ceux qui renonçaient à la *querela* ou qui étaient justement exhéredés.

IV. — Lorsque, de deux débiteurs solidaires, l'un est capable de recevoir sa libération à titre gratuit de la part du créancier, tandis que l'autre ne l'est pas, l'acceptilation faite au premier libère le second par voie de conséquence; et cette règle, énoncée en la loi 29, au *Dig.*, *De liberatione legati*, n'est pas contredite par la loi 5, § 1<sup>er</sup>, au *Dig.*, *De donationibus inter virum et uxorem*.

V. — Dans les ventes pures et simples, la perte de la chose arrivée par cas fortuit, dans l'intervalle de la vente à la tradition, est supportée par l'acheteur. Cependant Julien, et son disciple Afri-

cain, mettaient les risques à la charge du vendeur. Mais Africain n'est pas resté fidèle à sa doctrine.

VI. — Les *onera* de celui qui se donne en adrogation passent à l'adrogeant, suivant la loi 45, au *Dig., De adoptionibus*, et cela ne contredit en aucune façon la règle suivant laquelle les dettes de l'adrogé s'éteignent par sa *minima capitis deminutio*.

VII. — Le *jus antiquum in caducis* donnait aux *parentes* et aux *liberi* le droit de retenir les legs dont ils étaient grevés, quelle que fût la cause qui empêchât les légataires de recueillir. Les *parentes* et les *liberi* profitaient aussi des parts caduques, sans distinguer les causes de caducité.

---

## DROIT FRANÇAIS

I. — Lorsqu'un acte contenant une clause révocatoire est nul comme testament, et valable comme acte notarié, le testament antérieur n'est pas révoqué.

II. — Lorsque deux légataires universels ont été appelés par deux dispositions séparées du même testament, il y a lieu entre eux à l'accroissement.

III. — Il y a lieu à l'accroissement entre co-légataires d'un droit d'usufruit, lors même que l'un d'entre eux fait défaut après avoir recueilli.

IV. — Quand les faits qui donnent lieu à la révocation d'un legs pour cause d'ingratitude se sont passés du vivant du testateur, le délai pour agir en révocation a pour point de départ le jour du délit ou de la connaissance du délit.

V. — L'action en révocation d'une donation pour cause d'ingratitude s'éteint par la mort du donataire arrivée même *inter moras litis*.

VI. — Les tribunaux français ont le droit de réviser au fond les jugements rendus par les tribunaux étrangers, quand ces jugements ont été rendus contre un Français au profit d'un étranger.

---

## HISTOIRE DU DROIT

La rédaction primitive de la loi salique a eu lieu en latin, et non en *lingua franca*. De cette question découle celle de l'époque approximative et du lieu probable de la rédaction et de la promulgation de cette loi célèbre.

---

## DROIT DES GENS

Les tribunaux consulaires français des Échelles du Levant sont compétents pour connaître du délit de diffamation commis par le rédacteur d'un journal français publié en Turquie envers le rédacteur d'un autre journal français publié aussi dans ce pays, encore bien que les deux journaux n'aient point été autorisés par l'ambassade française, et se trouvent exclusivement sous la censure du gouvernement ottoman.

---

## DROIT CRIMINEL

I. — Les circonstances qui influent sur la détermination légale du fait à punir, bien qu'elles résultent de qualités personnelles à l'auteur principal, étendent leur effet au complice.

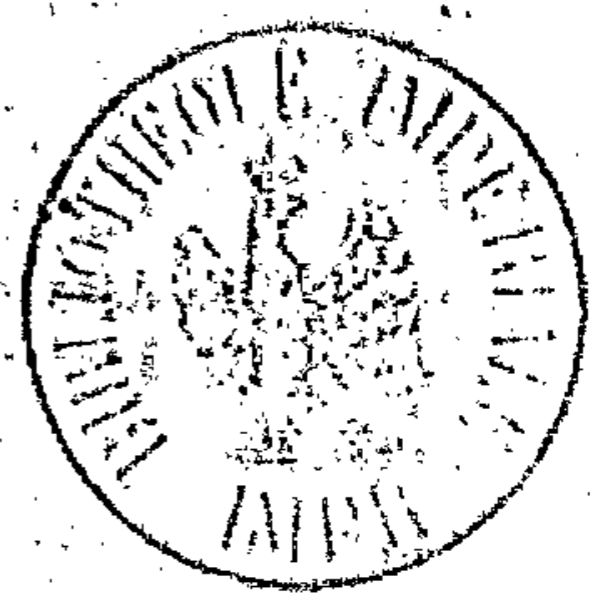
II. — L'action publique et l'action civile s'éteignent par le même laps de temps ; mais cela ne s'applique qu'à l'action civile qui naît directement et immédiatement du crime, du délit ou de la contravention à punir.

VU PAR LE PRÉSIDENT DE LA THÈSE,  
Doyen de la Faculté,

C. - A. PELLAT.

PERMIS D'IMPRIMER,  
Le Vice-Recteur de l'Académie.

ARTAUD.



# TABLE DES MATIÈRES

## DROIT ROMAIN

### DE INOFFICIOSO TESTAMENTO

#### INTRODUCTION

	Page
Ce que c'est que le testament inofficieux. — Origine de la plainte ou action dite : <i>querela testamenti inofficiosi</i> . — Nature de cette action. . . . .	1

#### PREMIÈRE PARTIE.

CHAP. I <sup>er</sup> . — Des personnes qui peuvent intenter la <i>querela inofficiosi testamenti</i> . . . . .	7
§ I <sup>er</sup> . Enfants et descendants . . . . .	Id.
§ II. Ascendants. . . . .	18
§ III. Frères et sœurs. . . . .	20
CHAP. II. — De l'ordre dans lequel s'exerce la <i>querela inofficiosi testamenti</i> . . . . .	21
§ I <sup>er</sup> . Enfants et descendants. . . . .	22
§ II. Ascendants. . . . .	Id.
§ III. Frères et sœurs. . . . .	26
CHAP. III. — Dévolution de la <i>querela</i> . . . . .	27
CHAP. IV. — Des personnes contre lesquelles s'exerce la <i>querela</i> . . . . .	31

#### DEUXIÈME PARTIE.

Conditions auxquelles la <i>querela</i> est soumise. . . . .	39
<i>Première condition</i> . — Il faut que l'héritier ab intestat ait été exhéredé ou omis. . . . .	41

	Pages
<i>Deuxième condition.</i> — Il faut que l'exhérédation ou l'omission soit injuste. . . . .	41
<i>Troisième condition.</i> — La <i>querela</i> n'est admise qu'à défaut de tout autre moyen. . . . .	44
<i>Quatrième condition.</i> — Il faut que le testateur n'ait pas laissé à ses successeurs ab intestat leur légitime . . . . .	49
<b>Section I<sup>re</sup>.</b> Quelle est la quotité de biens qui constitue la légitime? . . .	50
<b>Section II.</b> Quelles sont les opérations qu'il faut faire pour calculer la légitime? . . . . .	58
§ I <sup>er</sup> . Estimation du patrimoine héréditaire . . . . .	<i>Id.</i>
§ II. Déductions. . . . .	59
§ III. Réunion fictive à la masse de certains biens qui ne sont plus dans la succession . . . . .	60
§ IV. Imputations à opérer sur la légitime. . . . .	62
<b>Section III.</b> Lorsque le testateur n'a pas laissé la légitime aux héritiers du sang, ou lorsqu'il leur a laissé une légitime incomplète, quelles sont les conséquences d'une pareille omission? . . . . .	66

---

### TROISIÈME PARTIE.

Effets de la <i>querela inofficiosi testamenti</i> . . . . .	76
Dans quelle limite et pour quelle part la <i>querela</i> peut-elle être exercée? . . .	<i>Id.</i>
§ I <sup>er</sup> . Effets de la rescision totale du testament . . . . .	81
§ II. Effets de la rescision partielle du testament . . . . .	92

---

### QUATRIÈME PARTIE.

Modes d'extinction de la <i>querela inofficiosi testamenti</i> . . . . .	98
--	----

---

### APPENDICE.

Innovations introduites par les <i>Novelles</i> de Justinien. . . . .	90
---	----

---

# DROIT FRANÇAIS

## DE LA RÉVOCATION DES TESTAMENTS ET DE LEUR CADUCITÉ

INTRODUCTION . . . . .	Page 101
------------------------	-------------

### PREMIERE PARTIE

<i>Première cause d'extinction des legs.</i>	
Révocation prononcée par le testateur . . . . .	102
§ I <sup>er</sup> . Révocation expresse . . . . .	104
§ II. Révocation tacite . . . . .	108

### DEUXIEME PARTIE

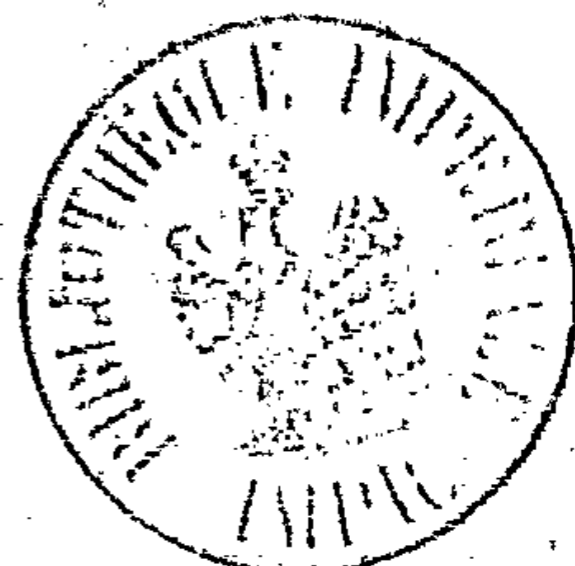
<i>Deuxième cause d'extinction des legs.</i>	
Caducité . . . . .	113
Chap. I <sup>er</sup> . — Quels sont les cas dans lesquels il y a caducité? . . . . .	116
§ I <sup>er</sup> . Mort de l'héritier institué ou du légataire . . . . .	Id.
§ II. Perte de la chose léguée . . . . .	118
§ III. Renonciation de l'héritier institué ou du légataire . . . . .	119
§ IV. Incapacité de l'héritier institué ou du légataire . . . . .	Id.
Chap. II. — A qui profitent la révocation et la caducité des legs? . . . . .	120
Accroissement dans le Droit romain . . . . .	122
Section I <sup>re</sup> . Époque antérieure au règne d'Auguste . . . . .	123
§ I <sup>er</sup> . Droit d'accroissement en matière d'institution d'héritier . . . . .	Id.
§ II. Droit d'accroissement en matière de legs . . . . .	125
Section II. Époque des lois caducaires . . . . .	128
Section III. Époque de Justinien . . . . .	133
Accroissement dans le Droit français . . . . .	136
§ I <sup>er</sup> . Sens des articles 1043 et 1045 . . . . .	Id.
§ II. Dispositions testamentaires auxquelles s'applique la théorie des articles 1043 et 1045 . . . . .	140
§ III. Effets de l'accroissement . . . . .	142
Personnes qui profitent de l'accroissement . . . . .	Id.
Conséquences de l'accroissement par rapport aux charges . . . . .	143

TROISIÈME PARTIE.

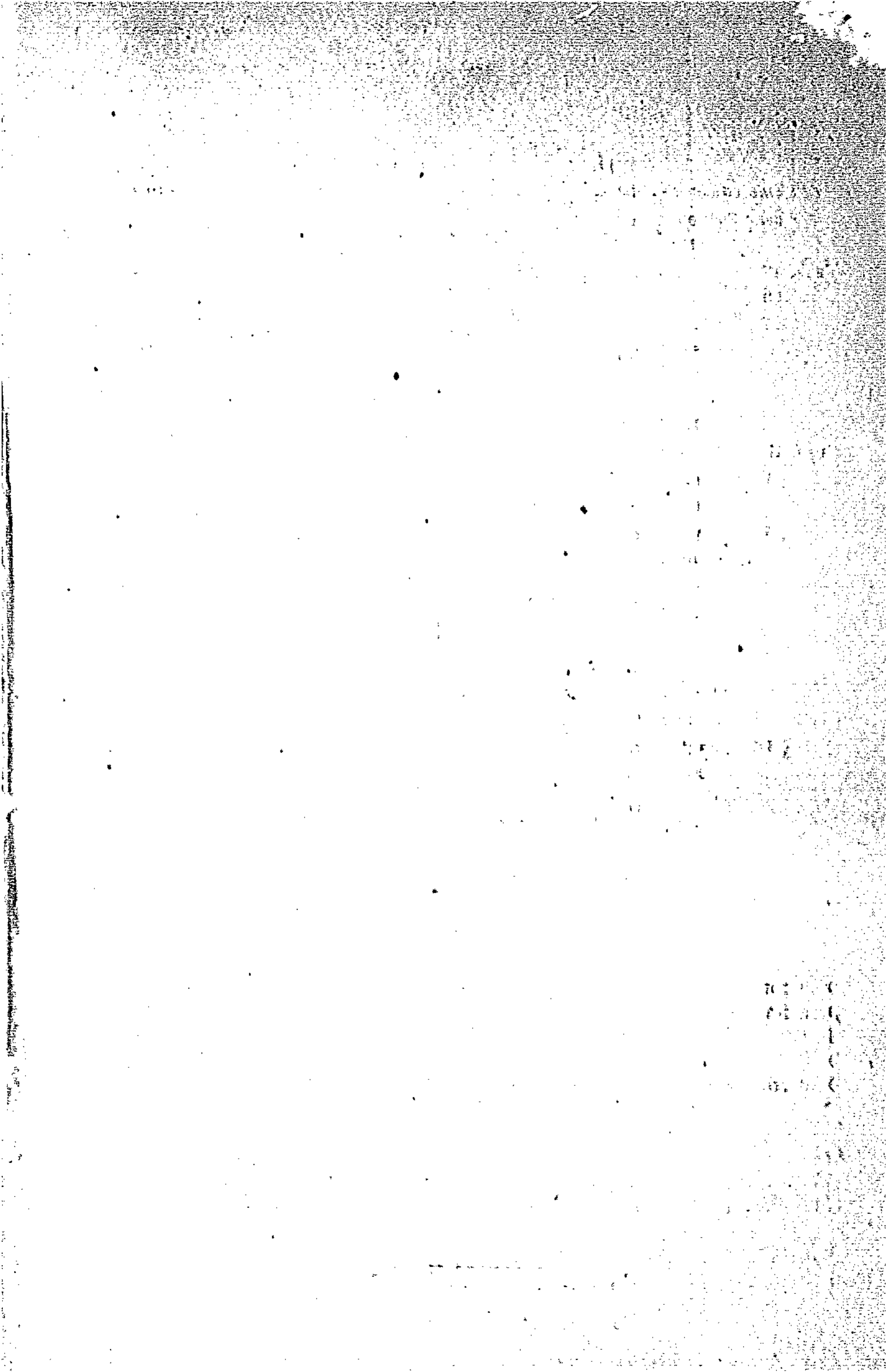
	Page.
<i>Troisième cause d'extinction des legs.</i>	
Révocation prononcée après le décès du testateur à la demande des héritiers . . . . .	145
CHAP. I <sup>er</sup> . — De la révocation des legs pour cause d'inexécution des charges et conditions . . . . .	146
§ I <sup>er</sup> . Personnes à qui compète l'action en révocation pour inexécution des conditions. . . . .	<i>Id.</i>
§ II. Nature de leur droit. . . . .	<i>Id.</i>
§ III. Caractère et effets de la révocation pour inexécution des conditions. . . . .	149
CHAP. II. — De la révocation pour cause d'ingratitude. . . . .	150
§ I <sup>er</sup> . Cas dans lesquels la révocation des legs peut être prononcée pour cause d'ingratitude . . . . .	151
§ II. A qui et contre qui compète l'action en révocation pour cause d'ingratitude? . . . . .	152
1 <sup>o</sup> A qui? . . . . .	<i>Id.</i>
2 <sup>o</sup> Contre qui? . . . . .	153
§ III. Délai dans lequel doit être exercée l'action en révocation pour cause d'ingratitude. . . . .	156
Durée du délai. . . . .	<i>Id.</i>
Point de départ du délai. . . . .	157
§ IV. Caractère de la révocation pour cause d'ingratitude et ses effets. . . . .	158
Caractère. . . . .	<i>Id.</i>
Effets . . . . .	<i>Id.</i>
1 <sup>o</sup> A l'égard du légataire. . . . .	<i>Id.</i>
2 <sup>o</sup> A l'égard des tiers . . . . .	159

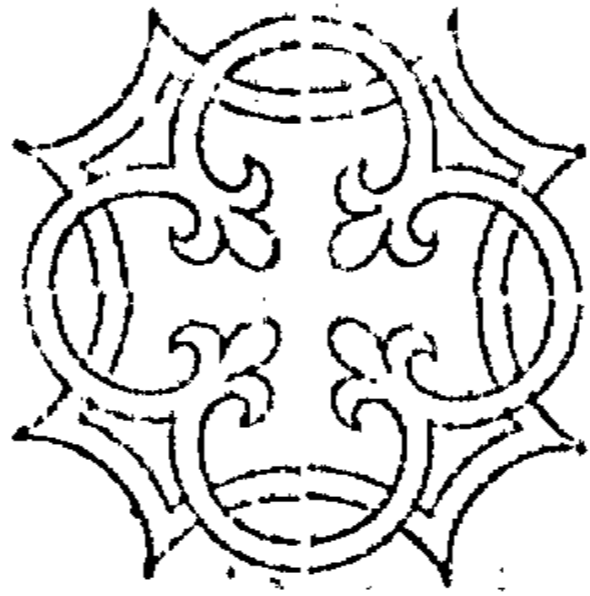
POSITIONS.

Droit romain. . . . .	161
Droit français. . . . .	162
Histoire du Droit. . . . .	163
Droit des Gens. . . . .	<i>Id.</i>
Droit criminel. . . . .	<i>Id.</i>









3 7511 00286582 5

## DROIT ROMAIN DE INOFFICIOSO TESTAMENTO

### INTRODUCTION

Ce que c'est que le testament inofficieux. - Origine de la plainte ou action dite: *querela testamenti inofficiosi*. - Nature de cette action

### PREMIERE PARTIE.

CHAP. I<sup>er</sup>. - Des personnes qui peuvent intenter la *querela inofficiosi testamenti*

§ I<sup>er</sup>. Enfants et descendants

§ II. Ascendants

§ III. Frères et soeurs

CHAP. II. - De l'ordre dans lequel s'exerce la *querela inofficiosi testamenti*

§ I<sup>er</sup>. Enfants et descendants

§ II. Ascendants

§ III. Frères et soeurs

CHAP. III. - Dévolution de la *querela*

CHAP. IV. - Des personnes contre lesquelles s'exerce la *querela*

### DEUXIEME PARTIE.

Conditions auxquelles la *querela* est soumise

*Première condition.* - Il faut que l'héritier ab intestat ait été exhéredé ou omis

*Deuxième condition.* - Il faut que l'exhéredation ou l'omission soit injuste

*Troisième condition.* - La *querela* n'est admise qu'à défaut de tout autre moyen

*Quatrième condition.* - Il faut que le testateur n'ait pas laissé à ses successeurs ab intestat leur légitime

**Section I<sup>e</sup>.** Quelle est la quotité de biens qui constitue la légitime?

**Section II.** Quelles sont les opérations qu'il faut faire pour calculer la légitime?

§ I<sup>er</sup>. Estimation du patrimoine héréditaire

§ II. Déductions

§ III. Réunion fictive à la masse de certains biens qui ne sont plus dans la succession

§ IV. Imputations à opérer sur la légitime

**Section III.** Lorsque le testateur n'a pas laissé la légitime aux héritiers du sang, ou lorsqu'il leur a laissé une légitime incomplète, quelles sont les conséquences d'une pareille omission?

### TROISIEME PARTIE.

Effets de la *querela inofficiosi testamenti*

Dans quelle limite et pour quelle part la *querela* peut-elle être exercée?

§ I<sup>er</sup>. Effets de la rescision totale du testament

§ II. Effets de la rescision partielle du testament

### QUATRIEME PARTIE.

Modes d'extinction de la *querela inofficiosi testamenti*

### APPENDICE.

Innovations introduites par les *Nouvelles* de Justinien

## DROIT FRANCAIS DE LA REVOCATION DES TESTAMENTS ET DE LEUR CADUCITE

### INTRODUCTION

#### PREMIERE PARTIE.

*Première cause* d'extinction des legs.

Révocation prononcée par le testateur

§ I<sup>er</sup>. Révocation expresse

§ II. Révocation tacite

#### DEUXIEME PARTIE.

Deuxième cause d'extinction des legs

Caducité

CHAP. I<sup>er</sup>. - Quels sont les cas dans lesquels il y a caducité?

§ I<sup>er</sup>. Mort de l'héritier institué ou du légataire

§ II. Perte de la chose léguée

§ III. Renonciation de l'héritier institué ou du légataire

§ IV. Incapacité de l'héritier institué ou du légataire

CHAP. II. - A qui profitent la révocation et la caducité des legs?

Accroissement dans le Droit romain

**Section I<sup>e</sup>.** Epoque antérieure au règne d'Auguste

§ I<sup>er</sup>. Droit d'accroissement en matière d'institution d'héritier

§ II. Droit d'accroissement en matière de legs

**Section II.** Epoque des lois caducaires

**Section III.** Epoque de Justinien

Accroissement dans le Droit français

§ I<sup>er</sup>. Sens des articles 1044 et 1045

§ II. Dispositions testamentaires auxquelles s'applique la théorie des articles 1044 et 1045

§ III. Effets de l'accroissement

Personnes qui profitent de l'accroissement

Conséquences de l'accroissement par rapport aux charges

#### TROISIEME PARTIE.

*Troisième cause* d'extinction des legs.

Révocation prononcée après le décès du testateur à la demande des héritiers

CHAP. I<sup>er</sup>. - De la révocation des legs pour cause d'inexécution des charges et conditions

§ I<sup>er</sup>. Personnes à qui compète l'action en révocation pour inexécution des conditions

§ II. Nature de leur droit

§ III. Caractère et effets de la révocation pour inexécution des conditions

CHAP. II. - De la révocation pour cause d'ingratitude

§ I<sup>er</sup>. Cas dans lesquels la révocation des legs peut être prononcée pour cause d'ingratitude

§ II. A qui et contre qui compète l'action en révocation pour cause d'ingratitude?

1° A qui?

2° Contre qui?

§ III. Délai dans lequel doit être exercée l'action en révocation pour cause d'ingratitude

Durée du délai

Point de départ du délai

§ IV. Caractère de la révocation pour cause d'ingratitude et ses effets

Caractère

Effets

1° A l'égard du légataire

2° A l'égard des tiers

#### POSITIONS.

Droit romain

Droit français

Histoire du Droit

Droit des Gens

Droit criminel