La réserve héréditaire, aspects fonctionnels
Anne-Laure Nachbaum-Schneider

To cite this version:

HAL Id: tel-01409709
https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-01409709
Submitted on 6 Dec 2016

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers. L’archive ouverte pluridisciplinaire HAL, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d’enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.
UNIVERSITÉ DE STRASBOURG

ÉCOLE DOCTORALE DE DROIT, SCIENCE POLITIQUE ET HISTOIRE
Centre de Droit Privé Fondamental

THÈSE présentée par :
Anne-Laure NACHBAUM-SCHNEIDER
soutenue le : 27 novembre 2015

pour obtenir le grade de : Docteur de l’université de Strasbourg
Discipline/ Spécialité : Droit privé et Sciences criminelles

LA RÉSERVE HÉRÉDITAIRE
Aspects fonctionnels

THÈSE dirigée par :
Madame Estelle NAUDIN
Madame Alice TISSERAND

Professeur à l’Université de Strasbourg
Professeur à l’Université de Strasbourg

RAPPORTEURS :
Monsieur Raymond LE GUIDE
Madame Joëlle VASSAUX

Professeur à l’Université de Nantes
Professeur à l’Université d’Artois

AUTRES MEMBRES DU JURY :
Monsieur Richard DESGORCES
Madame Jeanne-Marie TUFFERY-ANDRIEU

Professeur à l’Université de Rennes 1
Professeur à l’Université de Strasbourg
L’Université de Strasbourg n’entend donner aucune approbation ou improbation aux propos tenus dans la présente thèse. Ceux-ci sont propres à leur auteur
À Daniel,

À Pauline et Amélie.
Remerciements

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

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

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

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

Enfin, merci à mon mari, Daniel, de m’avoir accompagnée sur ce chemin et à mes filles, Pauline et Amélie, d’avoir empli de légèreté et de bonheur ces années de thèse.
## Index des principales abréviations

<table>
<thead>
<tr>
<th>Abbréviation</th>
<th>Signification</th>
</tr>
</thead>
<tbody>
<tr>
<td>AJ Fam.</td>
<td>Actualité Juridique Famille</td>
</tr>
<tr>
<td>al.</td>
<td>Alinéa</td>
</tr>
<tr>
<td>art.</td>
<td>Article</td>
</tr>
<tr>
<td>AN</td>
<td>Assemblée Nationale</td>
</tr>
<tr>
<td>AP</td>
<td>Archives parlementaires de 1787 à 1860, recueil complet des débats législatifs et politiques des chambres françaises, 1e série.</td>
</tr>
<tr>
<td>C.</td>
<td>Code de Justinien</td>
</tr>
<tr>
<td>CA</td>
<td>Arrêt de cour d’appel</td>
</tr>
<tr>
<td>Cass.</td>
<td>Arrêt de la Cour de cassation</td>
</tr>
<tr>
<td>Cass. Ass. plén.</td>
<td>Arrêt de la Cour de cassation (Assemblée plénière)</td>
</tr>
<tr>
<td>Cass. ch. mixte</td>
<td>Arrêt de la Cour de cassation (chambre mixte)</td>
</tr>
<tr>
<td>Cass. ch. réun.</td>
<td>Arrêt de la Cour de cassation (chambres réunies)</td>
</tr>
<tr>
<td>Cass. civ.</td>
<td>Arrêt de la Cour de cassation (chambre civile)</td>
</tr>
<tr>
<td>Cass. crim.</td>
<td>Arrêt de la Cour de cassation (chambre criminelle)</td>
</tr>
<tr>
<td>Cass. req.</td>
<td>Arrêt de la Cour de cassation (chambre des requêtes)</td>
</tr>
<tr>
<td>Cf.</td>
<td>Confer</td>
</tr>
<tr>
<td>CJCE</td>
<td>Arrêt de la Cour de justice des communautés européennes</td>
</tr>
<tr>
<td>Cons. const.</td>
<td>Décision du Conseil constitutionnel</td>
</tr>
<tr>
<td>CEDH</td>
<td>Cour Européenne des droits de l’homme</td>
</tr>
<tr>
<td>comm.</td>
<td>Commentaire</td>
</tr>
<tr>
<td>concl.</td>
<td>Conclusions</td>
</tr>
<tr>
<td>contra</td>
<td>En sens contraire</td>
</tr>
<tr>
<td>D.</td>
<td>Recueil Dalloz</td>
</tr>
<tr>
<td>D</td>
<td>Digeste</td>
</tr>
</tbody>
</table>
# Sommaire

INDEX DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS ..........................................................7

SOMMAIRE...........................................................................................................9

INTRODUCTION.....................................................................................................11

PREMIÈRE PARTIE – LA RÉSERVE ET LA SOCIÉTÉ : LA FONCTION POLITIQUE DE LA RÉSERVE.................................................................28

TITRE PREMIER – LA RÉSERVE, UN MOYEN DE REGROUPER LES BIENS POUR FAVORISER LA CONCENTRATION DES POUVOIRS .................................................................29
  Chapitre I – La protection des patrimoines grâce à la conservation des biens au sein des familles en droit coutumier .................................................................31
  Chapitre II – Le rôle résiduel de la conservation des biens dans la famille dans le droit contemporain : les droits de retour .........................................................59

TITRE II – LA RÉSERVE, UN MOYEN DE DISPERSER LES BIENS POUR ASSURER L’ÉGALITÉ DES INDIVIDUS .................................................................89
  Chapitre I – L’avènement des principes égalitaires au service de l’individu dans le Code civil .................................................................91
  Chapitre II – Le déclin des principes égalitaires au service de la volonté individuelle en droit contemporain ...........................................132

SECONDE PARTIE – LA RÉSERVE ET LA FAMILLE : LA FONCTION SOCIALE DE LA RÉSERVE..........................................................................................239

TITRE I – LA RÉSERVE, UN MOYEN DE PROMOUVOIR UN MODÈLE FAMILIAL..............241
  Chapitre I – La réserve, gardienne d’un modèle familial unique .......................243
  Chapitre II – La réserve adaptée aux modèles familiaux contemporains ..........278

TITRE II – LA RÉSERVE, UN MOYEN D’ASSURER LA SUBSTANCE DES PROCHES DU DÉFUNT.................................................................317
  Chapitre I – La fonction alimentaire, fonction historique de la réserve ...........318
  Chapitre II – La fonction alimentaire, fonction contemporaine de la réserve ....354

CONCLUSION GÉNÉRALE.........................................................................................437

BIBLIOGRAPHIE ....................................................................................................441

BIBLIOGRAPHIE HISTORIQUE.............................................................................490

INDEX ALPHABÉTIQUE..........................................................................................503
  TABLE DES MATIÈRES ..................................................................................Erreur ! Signet non défini.
Introduction

« (...) Entre le fort et le faible, entre le riche et le pauvre, entre le maître et le serviteur, c’est la liberté qui opprime, et la loi qui affranchit¹ »

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

---


11
législateur\textsuperscript{2}. Pourtant, l’étude et la pratique du droit des successions le rendent attachant parce qu’il recouvre toutes sortes de réalités humaines. Au carrefour du droit des biens et du droit de la famille, il mêle propriété et rapports familiaux. Sa technicité ne l’empêche toutefois pas d’être l’expression privilégiée d’idéaux philosophiques et de conceptions économiques\textsuperscript{3} car sa « (...) technique juridique y est peut-être plus qu’auprès au service d’options politiques, sociales et morales de première importance pour l’individu, la famille et la société\textsuperscript{4}. »

2. **La réserve héréditaire** - La réserve héréditaire est le mécanisme majeur du droit des successions, « le noyau central autour duquel toute la réglementation de la transmission patrimoniale s’ordonne.\textsuperscript{5} » Elle forme, avec la prohibition des pactes sur succession future, l’ordre public successoral. En effet, le droit des héritiers dépend tout entier de l’existence de biens dans la succession. Ce droit est, par conséquent, très fragile puisqu’il risque de disparaître devant les aliénations du de cujus de son vivant ou par les legs contenus dans son testament. Parmi ces actes de disposition, les plus redoutables sont les actes de disposition à titre gratuit puisqu’ils ne font entrer aucune contrepartie dans le patrimoine du de cujus. C’est la raison pour laquelle le législateur a voulu protéger certains héritiers en leur réservant une part de la succession\textsuperscript{6}.

La réserve héréditaire est définie à l’article 912 du Code civil comme « (...) la part des biens et droits successoraux dont la loi assure la dévolution libre de charges à certains héritiers dits réservataires, s’ils sont appelés à la succession et s’ils


\textsuperscript{3} GRIMALD M., *Droit civil – Successions*, 6\textsuperscript{e} édition, éd. Litpec, 2001, p. 16, n° 20.


l’acceptent». Jusqu’à la loi du 23 juin 2006, le Code civil était muet quant à la définition de la réserve héréditaire. Il se bornait à indiquer, dans ses articles 913 et suivants, que les libéralités ne pouvaient excéder, en présence de certains héritiers, telle quotité des biens du disposant appelée « portion de bien disponible ». Cette lacune a donné lieu à de nombreuses polémiques quant à la nature de la réserve héréditaire, au cours du XIXe siècle, jusqu’à la conclusion de la jurisprudence qui a déterminé, a contrario, « que la réserve n’est autre chose que la succession elle-même, diminuée de cette portion, s’il en a disposé7. » Ainsi, l’on peut imaginer la réserve et la quotité disponible comme « deux surfaces complémentaires dont les contours extérieurs se confondent avec ceux de la succession» 8.

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

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

9 GRIMALDI M., op. cit., p. 275, n° 279.
11 Il s’agit de la renonciation anticipée à l’action en réduction qui sera étudiée supra.
le risque de se tromper dans ses choix que de courir nous-mêmes celui de
nous tromper dans les nôtres\textsuperscript{12}. Chaque loi sur les successions, que ce soit
lors de l’élaboration du Code civil ou lors des débats précédant la loi du 23
juin 2006, ravive les tensions entre les défenseurs de la réserve et ceux qui
préconisent sa suppression. Pourtant, la réserve, comme part de succession
réservée à certains enfants, existe depuis des temps immémoriaux.
L’illustration la plus ancienne que l’on en connaisse se trouve dans l’Ancien
Testament lorsqu’Ésaü vendit son droit d’aïnesse à Jacob, son frère puîné\textsuperscript{13}.

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

\footnotesize

\textsuperscript{12} MONTAIGNE, *Essais*, Livre II, chapitre VIII cité par GRIMALDI M., Rapport de synthèse des
Travaux de l’association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, *Les
\textsuperscript{13} Bible, Genèse 25, verset 29 à 34 : « Or, comme Jacob cuisait du potage, Ésaü vint des champs, et
il était las. Et Ésaü dit à Jacob : Donne-moi donc à manger de ce roup, de ce roux-là ; car je suis très
Et Ésaü dit : Voici, je meurs pourrie ; à qui me sert le droit d’aïnesse ? Et Jacob dit : Jure-moi
d’abord. Et il lui jura ; ainsi il vendit son droit d’aïnesse à Jacob. Et Jacob donna à Ésaü du pain et du
potage de lentilles ; et il mangea, et but ; puis il se leva et s’en alla. Ainsi Ésaü méprisa le droit
daïnesse. »
\textsuperscript{14} INSEE, *Successions et donations en 1994*

14
Selon ses défenseurs, la réserve héréditaire poursuit pourtant un triple objectif : garantir la solidarité familiale, protéger les enfants contre un risque d’abus d’autorité de leur parent et enfin maintenir certains biens dans la famille.

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

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

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

---

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

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

---

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

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

---


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

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

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

23 Elle est uniquement tempérée au profit des proches du testateur se trouvant dans une
situation de dépendance conformément à la loi pour l’Inheritance (provisions for Family and
dependants) de 1975. BROWN, WESTON, Juris-Classeur Notarial Répertoire - droit comparé,
V° Grande-Bretagne.- Droit anglais – Donations, successions, trusts, droit international privé, 2008,
§ 35.
24 Cet article dispose : « dans le cas de partage d’une même succession entre cohéritiers étrangers et
français, ceux-ci prélèvent sur les biens situés en France une portion égale à la valeur des biens situés
en pays étrangers dont ils seraient exclus à quelque titre que ce soit en vertu des lois et coutumes
locales. » Cette loi, qui fait suite à la règle issue de la révolution selon laquelle un étranger
n’est admis à succéder en France que si un français peut succéder dans son pays, avait pour
but de rétablir l’égalité rompue par une loi étrangère discriminatoire : AUDIT B., Droit
25 Conseil constitutionnel, 5 août 2011, n° 2011-159, QPC, DEFRENOIS 2011, 40097, note
REVILLARD M. ; JDI 2012, 7, note GODECHOT-PATRIS S.
« Règlement Successions » qui vient d’entrer en vigueur dans vingt-cinq pays de l’union européenne porte un nouveau coup à la réserve héréditaire. Son but est d’unifier les règles de conflits entre les États-membres afin d’éviter les conflits de lois en donnant la possibilité de choisir la loi applicable à sa succession et de favoriser les pactes successoraux. Ce règlement, en permettant de choisir la loi applicable à sa succession pourrait-il permettre d’écarter la loi française et la réserve héréditaire ? L’élaboration du règlement a fait l’objet d’intenses débats quant à la possibilité pour le juge d’écarter une loi méconnaissant la réserve héréditaire. Toutefois, cette disposition n’a pas été introduite dans le règlement, à l’inverse de l’exception à l’ordre public du for. Les auteurs se divisent désormais sur la question de savoir si la réserve fait toujours partie de l’ordre public international et si le juge pourrait alors écarter la loi étrangère qui méconnaît la réserve. En outre, certains auteurs évoquent l’idée que le « Règlement Successions » tendrait vers

28 Son but est de « faciliter le bon fonctionnement du marché intérieur en supprimant les entraves à la libre circulation des personnes confrontées aujourd’hui à des difficultés pour faire valoir leurs droits dans le contexte d’une succession ayant des incidences transfrontalières. Dans l’espace européen de justice, les citoyens doivent être en mesure d’organiser à l’avance leur succession. »
29 À l’exception du Royaume-Uni, Danemark et Irlande.
30 Article 35 du Règlement Successions.
l’unification du droit successoral européen et la disparition de la réserve héréditaire\textsuperscript{33}.

6. \textbf{L’opportunité et les fonctions de la réserve} - Ces pressions internes et externes conduisent à s’interroger sur l’opportunité de la réserve. Dans cette période de libéralisation économique et de contractualisation du droit, doit-on limiter la liberté de disposer à titre gratuit alors que rien ne limite la liberté de disposer à titre onéreux ? Comment peut-on expliquer cet attachement à la réserve ? Afin d’éclairer cette question, il est nécessaire de se demander si la réserve a toujours une utilité ou si, comme certains le pensent, elle n’est qu’un frein à la liberté de disposer. Or, le seul moyen de comprendre son utilité est de s’interroger sur ses fonctions et de répondre à la question de sa raison d’être, en étudiant pourquoi le peuple de France a ressenti le besoin de limiter la liberté de disposer de ses biens à titre gratuit. Mais « Si les juristes sont volontiers diserts sur des points techniques, ils le sont beaucoup moins lorsqu’il s’agit d’expliquer les fondements de notre institution\textsuperscript{34} ».

Or, les études sur les fonctions du droit successoral et encore plus de la réserve sont rares\textsuperscript{35}. Ainsi, notre étude doit s’élancer au dessus de la technique successorale pour tenter de déterminer les raisons permettant d’expliquer la longévité de la réserve par ses fonctions. En outre, leur détermination permet ensuite de les confronter avec le droit contemporain pour mettre au jour les imperfections du droit au regard de ces fonctions.


\textsuperscript{35} Nous n’avons relevé que deux thèses depuis la seconde Guerre Mondiale: la thèse de Ioanna Kondylī sur \textit{La protection de la famille par la réserve héréditaire en droits français et grec comparé} (éd. L. G. D. J, 1997) ou encore la thèse de Danielle Perney sur \textit{la nature juridique de la réserve héréditaire} (thèse Nice, 1976).
7. **La définition de fonction** – « Un phénomène juridique sans fonction n’a aucune raison d’être »\(^{36}\) Le terme fonction vient du latin *functio* qui signifie « accomplissement, exécution » et *functum* qui signifie « s’acquitter, s’accomplir »\(^{37}\). Originellement, il désigne l’exercice d’une charge puis il s’étend aux choses pour signifier « rôle actif caractéristique dans un ensemble. »

La notion de fonction en droit prend toutefois une acception différente. Sa fonction est dite sociale et elle permet de démontrer que le droit en cause poursuit un but d’intérêt général\(^{38}\) et est au « *service d’un but supérieur et commun* »\(^{39}\).

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

---


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

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

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

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

43 VEDEL G., « La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative », JCP 1050, I, 851.
biens, on ne peut se soustraire à l’obligation de subvenir aux besoins de ses proches.\textsuperscript{44}

8. \textbf{Intérêt de l’étude historique de la réserve} – Pour procéder à l’étude des fonctions de la réserve, on pourrait être tenté de n’étudier que le droit successoral contemporain et ses récentes réformes. Toutefois, cette étude ne serait pas satisfaisante. On constate à la lecture des travaux préparatoires des lois du 3 décembre 2001 et 23 juin 2006 qu’il est très difficile de trouver des principes directeurs dans ces travaux, autres que des principes purement opportunistes\textsuperscript{45}. Une législation nouvelle ne se créé pas de toute pièce\textsuperscript{46}. Il est nécessaire de tenir compte des traditions du peuple pour lequel on légifère car « Il a toujours été difficile de découper l’histoire en périodes... En fait souvent les périodes s’emboîtent les unes dans les autres, et le futur traînera longtemps des paillettes du passé. C’est vrai en général, mais davantage encore quand le droit est en cause.\textsuperscript{47} » L’histoire nous l’a déjà démontré puisque la législation révolutionnaire, dont les idéaux étaient très éloignés des traditions du peuple\textsuperscript{48}, a été remplacée à peine promulguée\textsuperscript{49}. En matière d’institution juridique, il vaut mieux continuer que recommencer\textsuperscript{50}. Il est nécessaire de rapprocher le présent de la réserve de son passé afin d’en

\begin{footnotesize}
\begin{itemize}
\item[49] VALLIER E., \textit{op. cit.}, p. 2, § 2.
\item[50] FENET, \textit{op. cit.}, t. I, p. 481 « Il est utile de conserver tout ce qu’il n’est pas nécessaire de détruire ; les lois doivent ménager les habitudes quand ces habitudes ne sont pas des vices. On raisonne trop souvent comme si le genre humain finissait et commençait à chaque instant sans aucune sorte de communication entre une génération et celle qui la remplace. Les générations en se succédant se mêlent, s’entrelacent et se confondent. Un législateur isolerait ses institutions de tout ce qui peut les naturaliser sur la terre s’il n’observait avec soin les rapports naturels qui lient plus ou moins le présent au passé et l’avenir au présent. »
\end{itemize}
\end{footnotesize}
accroître la compréhension et de mesurer son importance dans notre droit. « D’en restaurer la plénitude du sens pour mieux prévenir toutes remises en cause infondées et en assurer toutes adaptations fidèles qui seraient indispensables. »

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

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

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

---

d’instaurer la paix sociale et d’affermir le régime de la cité\textsuperscript{52}. La réserve est, en ce cas, un instrument permettant d’atteindre des objectifs politiques et économiques\textsuperscript{53} et d’assurer la continuité de la société, de son système de valeurs, la continuité de l’image qu’elle se fait d’elle-même\textsuperscript{54}. Cette fonction politique n’a pas toujours poursuivi le même but. Primitivement, elle a eu une fonction de conservation dans les familles permettant de concentrer les biens dans certaines mains dans le droit coutumier puis une fonction de maintien de l’égalité et de dispersion des biens entre les réservataires lors de la promulgation du Code civil. Dans le droit contemporain, cette fonction d’égalité tend à s’effacer au profit de la liberté individuelle du \textit{de cujus} (Première Partie).

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

La seconde fonction sociale remplie par la réserve, de tout temps, est une fonction alimentaire. En effet, la liberté testamentaire doit être soumise à certaines règles morales l’engageant à veiller à l’existence et au bien-être de la génération suivante\textsuperscript{55}. La loi doit alors faire respecter ce qui paraît conforme à l’ordre social en évitant « \textit{les défaitances de l’intelligence et du cœur} »\textsuperscript{56}. Découverte en droit romain par la légitime, elle est basée sur le devoir de piété ou devoir d’assurer une subsistance à

\begin{itemize}
\item \textsuperscript{52} GAUDEMERT J., \textit{Les naissances du droit, le temps, le pouvoir et la science au service du droit}, 3\textsuperscript{e} éd. Montchrestien, 2001, p. 76.
\item \textsuperscript{53} KONDYLIT, \textit{op. cit.}, p. 25.
\item \textsuperscript{54} CARBONNIER J., \textit{Sociologie du droit des successions}, 1963-1964, p. 114
\item \textsuperscript{55} BROCHER C., \textit{Etude historique et philosophique sur la légitime et les réserves en matière de succession héréditaire}, éd. Ernest Thorin, 1868, p. 332.
\item \textsuperscript{56} BROCHER C., \textit{op. cit.}, p. 339.
\end{itemize}
son héritier après sa mort. Présente en droit coutumier, cette fonction a également fondé la réserve du Code civil. Cette fonction tend à prendre de l’importance dans la réserve en droit contemporain (Seconde Partie).

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

Seconde Partie : La réserve et la famille : la fonction sociale de la réserve.
Première partie – la réserve et la société : la fonction politique de la réserve

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

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

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

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

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

---

57 Cf. supra n° 239 et suiv.
59 Cf. supra n° 73 et suiv.
Chapitre I – La protection des patrimoines grâce à la conservation des biens au sein des familles en droit coutumier

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

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

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

15. **Présentation de la succession germanique** - Les germains qui envahissent la Gaule romaine au Vᵉ siècle ont un niveau de civilisation assez primitif. Leur droit est formé de coutumes.

Le groupe familial germanique est conçu comme une sorte de confédération militaire reposant sur la distinction entre deux groupes de personnes : ceux capables de porter des armes et ceux qui ne le sont pas. Les premiers sont chargés de la direction du groupement car eux seuls sont capables de protéger et de défendre l’ensemble de la famille. Le chef est avant tout un conducteur d’hommes liés à lui par une libre adhésion et fidélité. Tous les hommes d’armes de la famille sont munis de droits effectifs. Il existe une solidarité très forte entre membres de la même famille barbare entraînant des obligations de protection et de vengeance mutuelle. La solidarité entraîne aussi des droits sur la succession. C’est le lien de sang qui constitue le lien de parenté et les parents maternels sont liés de la même façon que les parents paternels. La dévolution successoriale est nécessairement *ab intestat*.

Les biens sont détenu par copropriété familiale entre les parents et celle-ci s’oppose à toute aliénation ou disposition émanant du seul chef de famille, puisqu’il n’est que détenteur des biens de la famille et non leur propriétaire exclusif. Le caprice d’un chef ne peut s’exercer sur le patrimoine collectif pour en disposer autrement que ce

---


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

Nous savons également, grâce au témoignage de Tacite, que les germains du IIe siècle ne connaissent pas le testament jusque dans la lex Emendata au temps de Charlemagne. Seules les transmissions entre vifs sont possibles sous des formes qui n’ont pas traversé les âges. Ainsi, l’affatome dans les lois salique et ripuaire


64 LEFÈBRE C., ibidem, p. 20.

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

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

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


69 LEFÈBRE C., op. cit., p. 19.

70 L’affatome est un mode de disposition solennel qui fait intervenir un tiers, le salmann, entre le disposant et le bénéficiaire. Tout d’abord, le disposant se rend au mallum (tribunal, assemblée) et il fait passer au pouvoir du salmann les biens dont il veut disposer en jetant la festuca (fête de paille ou de bois) et en déclarant en même temps les noms des bénéficiaires. Ensuite, le salmann s’installe chez le disposant, y reçoit trois hôtes en les hébergeant afin de marquer son droit. Enfin dans le délai d’un an, le tiers remet au bénéficiaire ce qu’il a reçu, au mallum en jetant la festuca comme dans la première étape. Chaque étape est surveillée par des témoins prêts à certifier leur existence. Cf. LEPOINTE G., op. cit., p. 176.
permet de transmettre son patrimoine entre vifs de manière irrévocable. Néanmoins, elle n’est permise qu’en l’absence d’enfant. Le partage entre vifs est également possible ainsi que l’institution contractuelle.

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

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

71 Selon LEFÈBRE C., op. cit., p. 156, l’affatomie était permise seulement lorsque le disposant n’avait pas d’enfant mâle.
74 CHIANÉA G., op. cit., p. 56 et 57.
et devait des impôts et taxes. En échange, le seigneur devait protection ses vassaux. Toutefois, les vassaux n’étaient soumis qu’à leur seigneur et pas au roi. Ainsi, chaque seigneurie ressemblait à un petit état. Primitivement, l’existence des liens personnels entre le vassal et son seigneur ne permettait pas au contrat de fief de survivre au décès des parties. Au décès du vassal, le fief revenait au seigneur. Toutefois, la transmission héréditaire des fiefs s’est généralisée au XIIe siècle afin d’éviter les guerres de revendication à la mort du seigneur76 et que cesse la protection du seigneur sur ses vassaux77.

17. Présentation de la succession coutumière - L’idée fondamentale qui a inspiré le droit successoral et de manière plus générale l’ancien droit coutumier français, est celle des devoirs envers la famille primant la volonté libre du de cujus et dominant le système de succession tant pour régler que pour protéger la dévolution ab intestat78. L’individu ne compte pas et l’on doit se méfier de sa volonté. Seule la famille est permanente. L’individu n’a qu’un pouvoir transitoire sur son patrimoine et les droits de la famille font que les biens doivent retourner à leur origine au décès de leur détenteur. La terre est d’une importance fondamentale puisque la famille porte son nom. C’est elle qui apporte l’essentiel des ressources. Cette terre doit rester unie et en aucun cas être partagée. Au XIIe siècle, toutes les coutumes sont imprégnées de ces idées à des degrés divers.

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

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

75 D’ESPINAY C., La féodalité et le droit civil français, imprimerie P. Godet, 1862, p. 2.
78 LEFÈBRE C., op. cit. p. 16.
que le défunt a acquis par succession légitime d'un parent quelconque ou par
donation faite par un de ses ascendants.\footnote{« Le propre héritage, est l'immeuble venu au de cujus par prochaine de lignage, c'est-à-dire par
succession. » ABLEIGES, Le grand coutumier de France, nouvelle édition par LABOULAYE et
DARESTE, Chez Augute Durand et Pedone-Lauriel, 1868, p. 208.} Sont « acquêts », au point de vue
successoral, tous les immeubles acquis autrement, soit à titre onéreux, soit à titre
gratuit. La qualité d'acquêt est instable puisque tout acquêt transmis une fois par
succession se transforme en propre.

La succession aux propres obéit à des règles spéciales tandis que les acquêts sont en
principe joints aux meubles\footnote{C'est le cas des immeubles acquis par donation d'un parent autre qu'un ascendant.} pour donner la succession aux meubles et acquêts.
Enfin, suivant leur qualité, les immeubles héréditaires se divisent en biens nobles,
comprenant les fiefs et à partir du XIVe siècle, les alleux nobles, et en biens roturiers,
comprenant les villenages ou censives, les tenures non féodales, et à partir du XIVe
siècle, les alleux roturiers.\footnote{Les acquêts sont joints aux meubles quand ils sont roturiers.}

De cette division tripartite des biens héréditaires, il résulte trois sortes de
successions. Tout d'abord, la succession aux meubles et acquêts, qui est la
succession de droit commun, c'est-à-dire la succession obéissant à certaines règles
générales qu'on applique aussi aux autres successions et qui ne nous retiendra pas.
En revanche, la succession aux propres et la succession aux biens nobles admettent,
toutes deux, certaines règles spéciales qu'il faut combiner avec les règles générales.\footnote{CHÉNON E., Histoire générale du droit français public et privé des origines à 1815, Tome 2, éd.
Recueil Sirey, 1929, p. 230-231.}
Ces règles de dévolution spéciales ont pour but de conserver les biens dans la
famille.

\footnote{CHÉNON E., op. cit., t. 2, p. 230 et suiv., § 387.}
Section II – La protection des biens nobles et des biens propres par le droit coutumier

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

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

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

A l’époque féodale, la propriété d’un fief\(^{84}\) entraîne des devoirs envers le seigneur, notamment le devoir d’ost\(^{85}\). Le fief doit par conséquent permettre de subvenir à l’entretien d’un homme en armes. A défaut, le service d’ost n’est plus dû. En outre, la propriété du fief entraîne des devoirs envers ses vassaux : celui de les protéger. Ainsi, il est nécessaire que le fief ne soit pas divisé ce qui aboutit à l’insertion d’une clause de style dans les chartes d’inféodation stipulant que le fief doit être passé en

---

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

\(^{85}\) Il s’agit d’un devoir de service militaire.
entier à un seul héritier. La succession aux biens nobles ne concerne en premier lieu que les fiefs, puis à partir du XIVe siècle, également les alleux nobles.

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

Cette coutume se répand dès la fin du XIe siècle, d’abord dans les provinces de l’ouest. Au XIIIe siècle, le droit d’aînesse est devenu le droit commun et il a même pénétré les pays de droit écrit dans lesquels, pourtant, le testament permet de faire un aîné.

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

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

---

87 CHÉNON E., op. cit., tome 2, p. 147, § 369. : « Le fief est une concession de terre ( ou de tout autre immeuble ), faite à charge de fidélité et de certains services ( variables suivant les lieux et les temps ) par une personne qui prend le titre de « seigneur féodal » ou « seigneur de fief », à une autre personne appelée « vassal », qui acquiert sur la terre concédée un droit réel sui generis. »
88 L’alleux est une propriété libre comme la propriété romaine ou notre propriété, par opposition au fief et à la tenure. Cf. CHÉNON E., Étude sur l’histoire des alleux en France, L. Larose et Forcel, 1888, p. VIII.
90 Il tombera néanmoins rapidement en désuétude dans les pays de droit écrit. Au XVIe siècle, on n’en trouve plus trace.
91 LEPOINTE G., op. cit., p. 444, § 838 et suiv.
92 VALLIER E., op. cit., p. 21.

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

Enfin, d’autres coutumes, dites extensives, appliquent les règles de l’aïnesse à tous les héritiers sans distinction \(^{94}\), ou du moins à tous les biens successoraux \(^{95}\) lorsque les héritiers sont nobles \(^{96}\).

Le droit d’aïnesse n’est accordé qu’au fils aîné en ligne descendante \(^{97}\). Lorsque le défunt ne laisse que des filles, le fief est partagé également \(^{98}\). De la même manière, le droit d’aïnesse n’existe pas en ligne collatérale \(^{99}\).

---

\(^{93}\) Ces coutumes se rencontrent en Angoumois, Haute Marche, Berry, Nivernais, Bourbonnais et Auvergne.

\(^{94}\) Ces coutumes se rencontrent en Boulenois et Ponthieu.

\(^{95}\) Ces coutumes se rencontrent en Grand Perche.


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

\(^{98}\) Il existe néanmoins quelques exceptions. L’aïnesse entre filles est pratiquée dans quelques coutumes du nord et de l’ouest. Par exemple, la coutume de Clermont consacre le droit d’aïnesse entre filles : Art. LXIII : « En succession de fief, le masle forclust la femelle en pareil degré. »


Certaines coutumes déclarent l’indivisibilité du fief. Il est attribué pour la totalité à l’aïné qui doit alors pourvoir à la subsistance et l’établissement de ses frères et sœurs puînés\(^{100}\). Il s’agit du système primitif conservé notamment des coutumes de Normandie et Bretagne\(^{101}\).

Dans le second système, présent dans la plupart des coutumes, l’aïnèsse n’est que relative\(^{102}\) et les puînés prennent part à la succession aux fiefs et biens nobles\(^{103}\). En règle générale, l’aïné recueille le fief principal comprenant un château et l’enclos l’entourant\(^{104}\) à titre de préciput ainsi qu’une part avantageuse dans le reste des biens.

---


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


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

103 Il s’agit du système décrit par BEAUMANOIR dans les *coutumes du Beauvaisis*, par AM. Salmon, tome premier, éd. Alphonse Picard et fils, 1899, p. 223-224, n° 465 : « *Se heritages decent a enfants ou il ait oir masle, l’ois masle ainsinés en porte le chief manoir hors part et après les deux pars de chacun fief; et li tiers qui demeure doit estre departis entre les maisns égualemant autant a l’un comme a l’autre, soient freres soient serviers, et de leur parties il viennent en l’homage de leur frire ainsiné.* »

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

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

---

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

« Chapitre II. Des Fiefs et censives.
XIII : Au fils aîné appartient par préciput le château ou manoir principal et basse-court attenant et contiguë au manoir et destiné à iceluy encore que le fossé du château ou quelque chemin fût entre-deux ; & outre luy appartient un arpent de terre de l’enclos ou jardin joignant ledit manoir, si tant y en a ; & si ledit enclos contient davantage, l’aîné peut retenir le tout en baillant récompense aux puînés de ce qui est outre ledit arpent, en terre de même fief, si tant y en a, sinon en autres terres ou héritage de ladite succession (…).
Art. XIV : Quand pere & mere ayans fiefs & héritages tenus noblement, vont de vie à trepas, délaisez seulement deux enfans venans à leur succession, au fils aîné, pour son droit d’aïnésse, appartient par préciput en chacune desdites successions tant de pere que de mere, un hôtel tenu en fief tel qu’il veut choisir pour manoir principal avec l’enclos & basse-court, comme dessus est dit, & les deux tiers des susdits fiefs et héritages tenus noblement : & à l’autre desdits enfans compete et appartient l’auter tiers et résidu desdits fiefs & héritages noblement tenus étant desdites successions.
Art. XV : S’il y a plusieurs enfans excédant le nombre de deux, venant à leur succession, au fils aîné par préciput pour son droit d’aïnésse, appartient en chacune desdites successions tant de pere que de mere, un hôtel tenu en fief, tel qu’il veut choisir pour principal manoir, avec l’enclos & basse court, ainsi que dit est, & la moitié de tous les autres héritages tenus en fief : & à tous les autres enfans ensemble, l’autre moitié & résidu desdits fiefs et héritages tenus noblement.
Art. XVII : Quand il n’y a que filles seules venant à succession directe ou collatérale, droit d’aïnésse n’a lieu et partissent également. »
: Voir BDR, tome I, p. 2 et 3.

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

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

Dans toutes les coutumes, l’aîné recueille également les armoiries pleines de la famille\textsuperscript{109} ainsi que les tableaux des ancêtres et les reliques.

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

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

Le droit d’aïnésse accordé à l’aîné\textsuperscript{110} ne peut être contourné par les père et mère, voire les aïeuls\textsuperscript{111}.

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

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

---

\textsuperscript{109} Les puînés ne peuvent porter que les armoiries de la famille brisées à l’aide d’un signe particulier tel qu’un lambel, une bande, une étoile, etc…

\textsuperscript{110} Selon POTHIER, l’exhérédation et la renonciation ne transmettent pas le droit d’aïnésse au second fils. Seule la mort civile permet au second fils de prétendre à la légitime féodale selon les articles 310 de la coutume de Paris et 359 de la coutume d’Orléans. Cf. POTHIER, Œuvres complètes de Pothier, Traité des successions, tome XXI, Chez Thomine et Fortic, 1821, p. 88-89.

\textsuperscript{111} POTHIER, Œuvres complètes de Pothier, Traité des successions, tome XXI, Chez Thomine et Fortic, 1821, p. 136-137 : « Le droit d’aïnésse est, dans tout ce qu’il contient, une légitime que la coutume accorde à l’aîné dans les biens nobles de la succession, à laquelle les père ou mère, ou autres ascendants ne peuvent donner aucune atteinte. La légitime de droit de l’aîné dans les autres biens est, comme celle des puînés, la moitié de ce que l’aîné aurait eu, si le défunt n’eût fait aucune donation ou legs ; mais la légitime féodale est le total de ce que la coutume lui accorde. »
23. **Présentation historique** - Les germains étaient une race guerrière et la violence remplaçait souvent le droit. Lorsque un parent aliénait un bien propre ou acquêt, à titre gratuit ou onéreux, il n’était pas rare que les autres membres de sa famille, considérant qu’il était leur, en vertu de la copropriété familiale, le ramènent dans la famille par la force. L’usage s’est donc répandu de faire consentir les membres de la famille aux aliénations entre vifs à titre onéreux mais également aux donations. C’est ce que l’on a appelé la *laudatio parentum*\(^{112}\). A défaut, l’acte n’était pas opposable aux lignagers\(^{113}\). Cet usage s’est perpétué dans l’ancien droit français jusqu’au XIII\(^{e}\) siècle, époque à laquelle la *laudatio parentum* est finalement remplacée par l’offre au proïème\(^{114}\). A défaut de *laudatio parentum* et d’offre au proïème, le lignager pouvait racheter le bien à l’acquéreur d’un bien propre de la famille en lui remboursant le prix de vente et les loyaux coûts au moyen du retrait lignager pour les aliénations à titre onéreux\(^{115}\). En revanche, il n’existe plus de protection pour les biens propres alors que le testament réapparaît et que l’Église exige que tout mourant fasse un legs pieux. Il fallut transiger entre les droits des lignagers sur les biens propres et la nécessité de racheter ses pêchés avant son décès. Cette transaction fut la réserve coutumière qui apparut au XIII\(^{e}\) siècle\(^{116}\). Le régime de la réserve coutumière a évolué jusqu’à la rédaction officielle des coutumes.


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

\(^{114}\) Lors de l’aliénation entre vifs à titre onéreux d’un bien propre, il devait être proposé en priorité au plus proche lignager.

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

24. **Fondements de la réserve coutumières** - On peut entrevoir plusieurs fondements à la réserve coutumières. Tout d’abord, la réserve serait née dans la tradition germanique du devoir successoral envers la famille\(^\text{117}\). On la rattache également à la communauté familiale et aux pratiques relatives aux partages des indivisions\(^\text{118}\). Selon Beaumanoir\(^\text{119}\), on peut également fonder la réserve coutumières sur la dette dont l’individu est redevable envers son lignage pour l’accroissement de personnalité, sa situation honorable et l’éclat de son lignage\(^\text{120}\) et pour son assistance.

25. **Bénéficiaires de la réserve coutumières** – Les bénéficiaires de la réserve coutumières sont les héritiers aux propres. Dans la succession aux propres, les premiers héritiers appelés sont les descendants en ligne directe le plus proche en degré. S’il y a plusieurs descendants d’égal degré, ils viennent en concours et partagent par tête. Toutefois, la représentation joue à l’infini en ligne directe descendante. A défaut de descendant, on applique les règles « *Paterna paternis, materna maternis* » et « *Propres ne remontent pas* » dans la plupart des coutumes. Par conséquent, sont appelés ensuite les collatéraux les plus proches en degré de parenté de la ligne de laquelle vient le propre jusqu’au quatrième degré en Beauvaisis, septième en Normandie et neuvième en Bretagne\(^\text{121}\). A égalité de degré, le partage se fait par tête.

La réserve appartient uniquement aux lignagers héritiers, ce qui exclut tous ceux qui sont incapables de succéder comme les bâtards\(^\text{122}\), les serfs ou encore l’aubain non

\(^{117}\) LEFÈBVRE C., *op. cit.* p. 241 § 124.

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


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

\(^{121}\) LEPOINTE G., *op. cit.* p. 281 et suiv. § 535 et suiv.

naturalisé\textsuperscript{123}, les exhérédés, indignes ou renonçants, les femmes dans les successions nobles en ligne collatérale et dans certaines coutumes, les filles dotées. Au XVI\textsuperscript{e} siècle, on précise que pour bénéficier de la réserve, il faut se porter héritier. En effet, historiquement, la réserve est la succession moins la quotité disponible et il est nécessaire d’être héritier pour recueillir la succession. Cette solution jusqu’alors implicite est nettement formulée pour renforcer la règle coutumière qui interdit d’être à la fois légataire et héritier. Ainsi, l’héritier acceptant un legs renonce implicitement à la qualité d’héritier et ne peut plus réclamer son legs au-delà de la quotité disponible\textsuperscript{124}. L’héritier lignager acceptant simplement la succession prime l’héritier lignager acceptant sous bénéficie d’inventaire même s’il est d’un degré subséquent\textsuperscript{125}.

La réserve protège le lignage dans son ensemble sans se préoccuper de la répartition des biens dans la fratrie\textsuperscript{126}.

26. Objet de la réserve coutumière - La réserve coutumière est destinée à conserver les biens dans la famille, elle ne porte que sur les biens propres immeubles et pas sur ceux acquis par le travail du \textit{de cujus} ni sur les meubles. On désigne ces biens par le nom d’\textit{« éritages »} au XIII\textsuperscript{e} siècle et de \textit{« propres héritages »} au XIV\textsuperscript{e} siècle\textsuperscript{127}. Quelques coutumes dérogent à cette règle en soumettant les immeubles acquêtés à la réserve\textsuperscript{128} voire tous les meubles et immeubles propres ou acquêtés\textsuperscript{129}.

\textsuperscript{123} L’aubain était un étranger. Il ne pouvait succéder à moins qu’un traité entre la France et son pays d’origine ne le stipule.
\textsuperscript{124} \textsc{Pavy A.}, \textit{De la légitime et de la réserve dans l’ancien droit français}, thèse Arras, 1884, p. 123.
\textsuperscript{125} \textsc{Laplanché J.}, \textit{op. cit.}, p. 478.
\textsuperscript{126} \textsc{Peguera Poch M.}, \textit{Aux origines de la réserve héréditaire du Code civil : la légitime en pays de coutumes (XVI\textsuperscript{e} – XVIII\textsuperscript{e} siècles)}, éd. P.U.A.M, 2009, p. 36.
\textsuperscript{127} \textsc{Laplanché J.}, \textit{op. cit.}, p. 375.
\textsuperscript{128} C’est notamment le cas dans les coutumes de Normandie, de Metz, de Bretagne et de Touraine : \textsc{Laplanché J.}, \textit{op. cit.}, p. 323.
\textsuperscript{129} C’est notamment le cas dans les coutumes d’Auvergne, de Bourgogne, du Bourbonnais, du Berry de la Marche et du Maine : \textsc{Laplanché J.}, \textit{op. cit.}, p. 324.
27. **Quotité** - On peut distinguer trois familles de coutumes.

Dans les coutumes dites «préciputaires» présentes dans le centre\(^{130}\), le père de famille peut donner hors part un quint de ses biens à un de ses enfants sans que ce dernier ne doive rapporter à la succession ce qu’il a reçu. On appelle ce quint «quin naturel». Son fondement se rapproche de celui de la légitime.

En revanche, le père de famille ne peut léguer en faveur d’un étranger que le quint de ses biens propres que l’on nomme «quin hérédital» ou «datif». Ce quint datif ou hérédital est destiné à sauvegarder les biens des étrangers\(^{131}\).

La quotité disponible comprend les meubles, conquêts et un quint des propres. En revanche, elle ne peut être invoquée que contre les libéralités testamentaires. On considère en effet que la maxime «donner et retenir ne vaut» qui oblige le donataire à se dépouiller immédiatement du bien donné est suffisamment protectrice des droits des lignagers\(^{132}\).

Dans les coutumes dites «d’égalité stricte», les enfants doivent rapporter tout ce qu’ils ont reçu de leurs parents. Chaque membre de la famille doit être alloti dans la même proportion\(^{133}\). Ces coutumes permettent d’invoquer la réserve contre les libéralités entre vivants et testamentaires qui dépassent la quotité disponible. Cette quotité disponible comprend la totalité des meubles et acquêts ainsi que le tiers des propres. C’est le cas des coutumes de l’ouest et d’un certain nombre de coutumes du nord. La réserve a, dans ces régions, une origine plus féodale que familiale; elle est

---


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

\(^{132}\) ABLÉGES, Le grand coutumier de France, nouvelle édition par LABOULAYE et DARESTE, Chez Augute Durand et Pedone-Lauriel, 1868, p. 364 «Item si le testateur n’a aucun héritiers il peut donner en son testament tous ses biens meubles et héritages et s’il y a héritier, si peult il faire testament de la moitié de tous ses biens meubles et conquêts, et donner le quint de ses héritages. En sa santé, il peult tout donner ou vendre.»

\(^{133}\) PEGUERA POCH M., *op. cit.* p. 38 et suiv.
apparue pour compléter le retrait féodal134 bien plus que le lignager, en sauveguardant l’intégrité du fief contre toutes les libéralités, aussi bien entre vifs que testamentaires135.

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

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

134 « La concession féodale résultait ordinairement du démembrement d’un domaine, dont une partie était cédée au vassal ou censitaire et dont le seigneur se réservait le surplus (…). La directe ou droit de propriété réservé par les seigneurs se manifestait par la perception du droit de lods et ventes, que le feuodal devait lui payer à chaque aliénation, et par le retrait féodal, c’est-à-dire la faculté de reprendre le fief aliéné en remboursant à l’acquéreur le prix porté au contrat. Il pouvait même exercer ce rachat, en cas de décès du vassal, contre les héritiers collatéraux. » : RAGUEAU revu par DE LAURIÈRE, Glossaire du droit français, contenant l’explication des mots difficiles qui se trouvent dans les ordonnances des rois de France, dans les coutumes, du royaume, dans les anciens arrets et les anciens titres, publié par L. Favre, p. XX
136 YVER J., ibidem, p. 11 et suiv.
137 C’est le cas des coutumes d’Auvergne, Bourbonnais, Sedan et Lorraine : LAPLANCHE J., op. cit., p. 326.
138 C’est le cas des coutumes de Reims, Calais, Blois, Maine et Touraine : LAPLANCHE J., op. cit., p. 328.
propres\textsuperscript{139}. Enfin, certaines établissaient l’indisponibilité absolue des propres en faveur des descendants\textsuperscript{140} ou de n’importe quel lignager\textsuperscript{141}.

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

La réserve coutumières s’applique sur les propres de chaque territoire de coutumes. Ainsi si le \textit{de cujus} possède des propres dans la coutume de Paris et dans la coutume de Lorraine, le lignager a droit à la quotité prescrite par chaque coutume de propres dans chaque territoire\textsuperscript{142}. Lorsque le \textit{de cujus} avait dépassé la quotité disponible sur certains propres mais pas sur d’autres situés dans le ressort d’une autre coutume, la réduction devait avoir lieu sur les biens situés dans le ressort de la coutume. De la même manière, le lignager a droit à la quotité prescrite par la coutume dans chaque ligne et pas sur la totalité des propres, ce qui est dans la logique de la réserve coutumières qui a pour but de protéger les biens de chaque ligne.

28. \textbf{Sanction} - Dans toutes les coutumes, la réserve maintien dans la succession \textit{ab intestat} une certaine proportion des propres puisqu’ils sont considérés comme indisponibles par testament. La sanction de la réserve est, en règle générale, la réduction des libéralités excessives au taux de la quotité disponible fixé par la coutume. Toutefois, certaines coutumes prévoient la nullité des libéralités excessives\textsuperscript{143}. Par conséquent, le legs de biens propres dépassant le disponible est nul comme portant sur des biens inaliénables par

\textsuperscript{139} C’est le cas des coutumes de Lille, et d’Anjou et Bretagne : LAPLANCHE J., \textit{op. cit.}, p. 331.
\textsuperscript{140} C’est le cas des coutume de de Senlis, Clermont-en-Beauvaisis, Clermont-en-Argonne, Sedan, Eu. Cf. LAPLANCHE J., \textit{op. cit.}, p. 332.
\textsuperscript{141} C’est le cas des coutumes d’Artois, Lille Echevinage, Metz Ville. Dans la coutume de Normandie, à l’encontre des legs, les propres sont en totalité réservés et en présence d’enfant, les acquêtés le sont également. Cf. LAPLANCHE J., \textit{op. cit.}, p. 332.
\textsuperscript{143} C’est le cas en Bretagne, par exemple.
testament. L’héritier n’est ainsi pas obligé d’abandonner les biens disponibles pour remplir le légataire de son legs\textsuperscript{144}.

On admet, non sans hésitation, que la réserve ne peut être calculée qu’au jour du décès et l’action en réduction ne peut être intentée qu’à ce moment\textsuperscript{145}.

29. **Opérations préalables à l’action en réduction** – Afin d’apprécier l’étendue de la réduction, il s’agit, tout d’abord, de déterminer en valeur la quotité disponible dont le de cujus pouvait disposer. Pour cela, il faut reconstituer la masse de biens du de cujus sur laquelle se calcule la quotité disponible et en déduire le passif. Dans les coutumes où la réserve atteint les donations, celles-ci doivent être rapportées fictivement pour leur valeur au jour du décès s’il s’agit d’immeubles et pour leur valeur au jour de la donation s’il s’agit de meubles ou d’office. En revanche, dans les coutumes dans lesquelles la réserve ne frappe que les legs, la masse de calcul de la quotité disponible ne comprend que les biens appartenant au défunt au jour du décès, en ce compris les biens légués\textsuperscript{146}. Le passif est constitué des dettes du défunt et des frais funéraires. Ensuite, on calcule la quotité disponible\textsuperscript{147}.

30. **Action en réduction** – Dans les coutumes dans lesquelles seuls les legs sont soumis à la réserve, ceux-ci doivent être réduits par contribution au sol la livre puisque les legs produisent leurs effets juridiques en même temps\textsuperscript{148}.

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

\begin{footnotesize}
\begin{enumerate}
\item POTHIER, Œuvres complètes de Pothier, Traité des propres, des donations testamentaires, tome XXII, Chez Thomine et Fortic, 1821, p. 194-195.
\item LAPLANCHE J., *op. cit.*., p. 484 et suiv.
\item En revanche, le rapport des biens n’entrait pas dans cette masse puisque ce rapport ne profitait qu’aux cohéritiers et pas aux légataires. *Cf. LAPLANCHE J., *op. cit.*, p. 490.
\item LAPLANCHE J., *ibidem*, p. 489 et suiv.
\item LAPLANCHE J., *ibidem*, p. 515.
\end{enumerate}
\end{footnotesize}
réduit les donations de la plus récente à la plus ancienne jusqu’à ce qu’il ne subsiste de biens donnés que dans la limite de la quotité disponible\textsuperscript{149}.

La réserve étant une part de la succession au profit du réservataire, la réduction ne peut se faire qu’en nature afin que le réservataire puisse posséder les biens propres. La totalité des biens donnés doit alors être restituée. Si des droits réels ont été constitués sur les biens retraités, ils sont résolus\textsuperscript{150}.

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

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

L’action en réduction se prescrit par trente ans\textsuperscript{151}.

31. **Charges portant sur la réserve** – Le douaire étant un contrat à titre onéreux\textsuperscript{152}, il pèse sur la réserve coutumière et ne peut être réduit.

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

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

\textsuperscript{149} LAPLANCHE J., *ibidem*, p. 518.

\textsuperscript{150} LAPLANCHE J., *ibidem*, p. 519-520.

\textsuperscript{151} LAPLANCHE J., *ibidem*, p. 522.
Section III – Les pactes sur succession future, instruments de protection du patrimoine familial

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

34. Présentation historique – Les pactes sur succession future prennent leur source dans le droit barbare puis la féodalité. En effet, les traditions germaniques n’étaient pas hostiles aux arrangements de famille. Les partages d’ascendants étaient fréquents chez les barbares, les burgondes et les wisigoths.153

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

152 Selon d’Argenté, il est le prix de la virginité déflorée de la jeune fille. Cf. LAPLANCHE J., op. cit., p. 537.
153 LÉPOINTE G. op. cit., p. 469 et suiv. § 885 et suiv.
viagères\textsuperscript{155}. Le seigneur et le vassal désignaient d’un commun accord l’héritier du vassal. Lorsque plus tard, la transmissibilité héréditaire des fiefs acquit la valeur d’une règle générale et coutumièr, il n’était plus nécessaire de régler dans la charte de concession la dévolution héréditaire de la tenure. Néanmoins, lorsque le vassal mariait un de ses fils, en général l’aîné, il s’engageait à lui laisser après sa mort le fief qu’il possédait et cette promesse se faisait dans le contrat de mariage du futur époux. Ce contrat rendait ainsi irrévocable la vocation héréditaire de son fils\textsuperscript{156}.

Au Moyen Âge, on prit l’usage dans les mariages de familles seigneuriales ou princières de faire des conventions importantes touchant à l’ordre des successions et qui permettaient de régler la transmission des grands fiefs. Le principe était que «\textit{les contrats de mariage étaient susceptibles de toutes conventions}» et ils étaient notamment utilisés dans les familles nobles ou notables pour asseoir la situation des aînés ou des mâles\textsuperscript{157}.

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

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

\textsuperscript{157} LEFÈBVRE C., \textit{op. cit.}, p. 150.
35. **L’institution contractuelle** est une institution d’héritier par contrat de mariage au profit d’un futur époux et de leurs enfants à naître du mariage\(^{158}\). C’est la donation que quelqu’un fait de sa succession\(^{159}\), soit de tous ses biens : propres, acquêts et nobles. Cette institution d’héritier est irrévocable tout comme le contrat de mariage.

Il existe un certain nombre de variantes. L’institution contractuelle peut contenir une « déclaration de fils aîné et principal héritier » qui garantit à l’aîné sa part héréditaire sur les biens présents. Cette déclaration permet de fortifier le droit d’aïnesse en l’étendant aux biens sur lesquels ne porte pas le préciput légal. Cette promesse est valide même dans les coutumes qui défendent d’avantager un enfant plus qu’un autre car le contrat de mariage est considéré comme la charte familiale d’une maison qui va être fondée\(^{160}\). L’institution contractuelle est souvent combinée avec une substitution fidéicommissaire\(^{161}\).

L’institution contractuelle peut également consister en une promesse d’égalité qui est celle de ne pas avantager un de ses enfants par rapport aux autres. Le disposant conserve néanmoins le droit de disposer de ses biens à titre gratuit et à titre onéreux en faveur d’étrangers\(^{162}\).

Avec cette promesse, le disposant ne peut continuer à disposer de ses biens qu’à titre onéreux et il conserve la pleine administration de ses biens. En revanche, il ne peut en user en fraude de l’institution. Ainsi, il lui est permis de vendre, d’hypothéquer, de s’engager à titre onéreux mais uniquement pour le bien et l’utilité de ses affaires. La jurisprudence veille au respect de l’institution\(^{163}\).

\(^{158}\) On la nommait aussi « promesse de conserver la part héréditaire », LEFÈBvre C., op. cit., p. 152 et suiv.

\(^{159}\) POTHIER, Coutumes des Duché, Bailliage et Prévôté d’Orléans, et ressort d’iceux, Chez Debure à Paris et chez la Veuve Rouzeau-Montaut à Orléans, 1780, p. 63.

\(^{160}\) L’institution contractuelle échappe donc à la règle de l’égalité entre les enfants.

\(^{161}\) LEFÈBvre C., op. cit., p. 152 et suiv.

\(^{162}\) LEPOINTE C., op. cit., p. 470 § 888.

\(^{163}\) LEFÈBvre C., op. cit., p. 152 et suiv.
La seule limite de l’institution contractuelle est la légitime des descendants\textsuperscript{164}.

Les auteurs ne savaient pas dans quelle sorte de succession faire entrer l’institution contractuelle. Domat\textsuperscript{165} expose que « sa nature (est) mêlée de celles des testaments et de celles des conventions ». L’institution contractuelle confère irrévocablement à l’institué la qualité de successeur qui ne peut être révoquée puisque incluse dans un contrat de mariage, contrairement au legs. Mais à l’inverse de la donation, l’institué ne reçoit les biens qu’au décès, à condition que le disposant n’en ait pas disposé à titre onéreux\textsuperscript{166}.

36. Les renonciations à succession future – Les renonciations à succession future consistent en une déclaration unilatérale faite par le renonçant en présence des autres membres de la famille, sans que le bénéficiaire ait à accepter expressément. Souvent la déclaration est renforcée par un serment. Ces renonciations se sont en premier lieu développées dans les milieux nobles. Mais elles ont également une utilité dans les familles paysannes puisqu’on y suit l’idée qu’il faut maintenir la terre aux fils tandis que les filles partent, grâce à leur mariage, dans d’autres paysanneries\textsuperscript{167}.

Certaines coutumes prévoient expressément ces renonciations à succession future\textsuperscript{168} et aucune ne les prohíbe. En pratique, elles sont fréquentes. Elles ne sont possibles que dans les contrats de mariage : d’ordinaire, dans le contrat de mariage de l’enfant renonçant mais on en trouve aussi dans celui de l’enfant à favoriser.

\textsuperscript{164} La réserve n’est pas une limite lorsqu’elle ne protège les lignagers que contre les legs.
\textsuperscript{165} Domat, Loix civils, II– partie, Préface, X, précité.
\textsuperscript{166} Mazeaud H., J. et L., op. cit., § 695.
\textsuperscript{167} Lefèvre C., op. cit., p. 162, § 87.
\textsuperscript{168} Elles sont prévues expressément dans les coutumes du Berry, seule coutume à en donner une définition, Titre XIX, art. XXXIII : « En contract de mariage des enfans, le pere ou mere leur peuvent donner de leur heritage & biens pour leurs parts & portions, ce que bon leur semblera, & moyennant ce leur faire renoncer à leurs futures successions, & escoites, au profit des autres enfans : Et lesquelles renonciations seront bonnes et valables, & rendront inhabiles lesdits enfans renonçans à la succession ; lesquels, par ce moyen, ne le pourront dire, après le decez du pere ou mere, sisis de aucune part et portion de leurs successions. » BoR, tome III, p. 970, Anjou, Art. CCXLII et Maine, Art. CCLIX : cité par Laplanche J., op. cit., p. 162.
Ces renonciations ont pour objet de faire renoncer, par avance, à la succession de leur parent, les filles et les puînés afin qu’ils s’en tiennent à leur dot ou leur légitime, et ce, afin d’assurer une part prépondérante de l’aîné sur tous les biens de la succession. Le fondement de ces renonciations est la conservation des biens dans la famille ce qui fait dire à la doctrine que la renonciation d’un aîné au profit d’un puîné paraît ne pas être acceptée car contraire au droit coutumier\(^\text{169}\).

Toutefois, la renonciation ne peut être faite qu’à la condition que l’enfant renonçant ait reçu des biens de la famille. Selon certaines coutumes\(^\text{170}\), la valeur de cette dot ou de l’établissement importe peu et peut même être inférieure à la légitime.

Cette renonciation entraîne l’exclusion véritable de l’hérédité\(^\text{171}\). Mais le père peut la révoquer en effectuant un rappel à succession\(^\text{172}\).

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

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

\(^{169}\) LEFÉBVRE C., *ibidem*, p. 163, § 87.


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

\(^{173}\) Bien qu’elles puissent être contenues dans un contrat quelconque.
appelé substitute\textsuperscript{174} ». Elle implique ainsi la charge stricte de conserver et de rendre.

La substitution fidéicommissaire est faite, en général, par testament mais elle peut être également contenue dans une donation entre vifs. La substitution suit la nature de l’acte qui la contient. Ainsi, si elle est insérée dans un testament, elle aura la nature d’acte à cause de mort et sera soumise à la réserve coutumière\textsuperscript{175}.

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

Vers le XIV\textsuperscript{e} siècle\textsuperscript{177} apparaît l’ordo successivus qui réglemente, au moyen des substitutions fidéicommissaires, la destinée d’un bien sur plusieurs générations voire siècles et dont la pratique se répand au XVI\textsuperscript{e} siècle. Ainsi, les substitutions peuvent à présent être faites pour un grand nombre de degrés voire être perpétuelles. Toutefois, même si cette institution permet de consolider le droit d’aïnésse en rendant les biens indisponibles entre les mains du bénéficiaire de la substitution et de sa branche

\textsuperscript{174} LEPOINTE G., op. cit., p. 473-474, § 891.
\textsuperscript{175} POTHIER, Œuvres complètes de Pothier, Traité des cens, des champarts, de la garde-noble et bourgeoise, du préciput légal des nobles, de l’hypothèque et des substitutions, tome XXI, Chez Thomine et Fortic, 1821, p. 310 et suiv.
\textsuperscript{177} Les concessions féodales aboutissaient à des résultats analogues.
aînée\textsuperscript{178}, les biens concernés par la substitution fidéicommissaire demeurent indivisibles, insaisissables et inaliénables donnant ainsi l’apparence de la fortune sans la fortune, ce qui est problématique pour les créanciers. C’est la raison pour laquelle, la jurisprudence puis les ordonnances royales ont essayé d’en limiter les effets. L’ordonnance d’Orléans de 1560\textsuperscript{179} défend de faire des substitutions de plus de deux degrés outre la substitution mais elle laissait en vigueur les substitutions antérieures même perpétuelles. L’ordonnance de Moulins de 1566\textsuperscript{180} limite les anciennes substitutions antérieures à 1561 à quatre degrés et prescrit des mesures de publicité. Ces textes furent mal appliqués. Finalement le chancelier D’Aguesseau entreprend une nouvelle réforme pour corriger les interprétations variées des

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

\textsuperscript{179} Article 59 de l’ordonnance d’Orléans, 1560.

\textsuperscript{180} Article 57 de l’ordonnance de Moulins, 1566.
parlements et établir un droit uniforme. Il publie une ordonnance en 1748 sur les substitutions\footnote{181} qui limite celle-ci à deux degrés.

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

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

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

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

\footnote{181}{« ( ...) toutes les substitutions faites soit par contrat de mariage ou autre acte entre vifs, soit par disposition à cause de mort, en quelques termes qu’elles soient conçues, ne pourront s’étendre au-delà de deux degrés de substituez outre le donataire, l’héritier institué ou légataire, ou autre qui aura recueilli le premier les biens du donateur ou du testateur. » Article XXX, Ordonnance du Roy concernant les diversités de jurisprudence sur la matière des substitutions fidéicommisaires, De l’imprimerie royale, 1748.}
Le droit coutumier organisait la transmission du patrimoine dans les mains d’un seul héritier. Cette concentration permettait de conserver des familles aristocrates et paysannes fortes. Toutefois, cette concentration dans les mains du fils aîné se faisait au détriment des puînés et des filles. L’égalité proclamée par les révolutionnaires ne pouvait se satisfaire de cette législation et elle est abolie en 1789\textsuperscript{182}. Aujourd’hui, la conservation des biens dans la famille existe toujours en droit contemporain. Toutefois, elle n’est présente que dans les droits de retour.

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

39. Plan - Alors que la conservation des biens dans la famille était le cœur du droit successoral avant la Révolution, elle n’occupe plus, aujourd’hui, qu’une fonction résiduelle dans le droit des successions puisqu’elle ne s’exprime plus que dans les droits de retour. En réaction au morcellement des successions du droit coutumier, les rédacteurs du Code civil ont introduit le principe de l’unité de la succession. Toutefois, ils ont maintenu une parcelle de conservation des biens dans la famille par le biais des droits de retour, lesquels attribuent certains biens familiaux à certains héritiers de la famille en raison de leur origine ou de leur nature. Le droit de retour se caractérise par deux éléments : en premier lieu, l’autonomie puisque les biens sont scindés de la masse successoriale pour former une masse distincte et, en second lieu, le « dessein familial » car le droit de retour crée une dévolution autonome afin que les biens restent dans la famille\textsuperscript{183}. Ainsi, deux successions distinctes et parallèles s’ouvrent au décès du \textit{de cujus} : la

\textsuperscript{182} \textit{Cf. supra n° 77.}
succession obéissant aux règles ordinaires de la dévolution successorale et la succession anomole obéissant à des règles propres.


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

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

40. **Définition** - L’adoption simple créé un droit de filiation entre l’adopté et l’adoptant tout en conservant le lien de filiation originel. La personne ayant fait l’objet d’une adoption simple acquiert alors des droits successoraux dans sa famille adoptive tout en conservant ceux de sa famille d’origine. En raison de ce double lien de filiation, lors de son décès, la fente successorale s’exerce et la succession est divisée entre les deux familles. Toutefois, pour éviter que des biens provenant de la famille adoptive ou des père et mère ne soient attribués à l’autre famille, le législateur a créé un droit
de retour aux termes duquel « les biens donnés par l’adoptant ou recueillis dans sa succession retournent à l’adoptant ou à ses descendants, s’ils existent encore en nature lors du décès de l’adopté. Les biens que l’adopté avait reçus à titre gratuit de ses père et mère retournent pareillement à ces derniers ou à leurs descendants. »

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

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

---

184 Conformément à l’article 368-1 du Code civil.
186 L’exercice du droit de retour des père et mère en présence du conjoint survivant est discuté. Toutefois, la majeure partie de la doctrine s’accorde à dire que ce droit de retour joue en présence du conjoint survivant : *Cf. supra* n° 59.
42. **Conditions quant aux biens** - Le droit de retour ne prend effet que si le *de cujus* ayant fait l’objet d’une adoption simple a reçu des biens par succession ou donation de ses père et mère ou de ses père et mère adoptifs. Ces biens doivent se retrouver en nature dans la succession ce qui signifie qu’ils ne doivent pas avoir péri et que le *de cujus* n’en a pas disposé à titre onéreux ou gratuit\(^\text{187}\). Le droit de retour étant un droit successoral\(^\text{188}\), ses bénéficiaires reprennent les biens dans l’état où ils se trouvent, grevés des droits consentis par le *de cujus*. Ils font également leur affaire des améliorations ou des dégradations survenues entre la transmission du bien et le décès du *de cujus*\(^\text{189}\).

43. **Effets** - Les bénéficiaires du droit de retour légal de la personne ayant fait l’objet d’une adoption simple sont les père et mère adoptifs ou naturels et leurs descendants à condition qu’ils soient aptes à succéder\(^\text{190}\). Font alors retour au parent donateur ou à ses descendants les biens en totalité afin que ceux-ci restent dans leur famille d’origine.

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

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

---


\(^{188}\) Il ne s’agit pas d’une condition résolutoire tacite comme dans les pays de droit écrit mais d’un droit successoral. Cette question a été tranchée par la jurisprudence : Civ. 16 mars 1830 ; Civ. 8 mars 1858 : *DP* 1858.1.97 ; 24 juillet 1901 : *DP* 1901.1.337 note SARRUT, S. 1901.1.433 note LYON-CAEN ; Chambres réunies, 2 juillet 1903 : S. 1904.1.65, note LYON-CAEN.

\(^{189}\) Pour une étude plus approfondie, voir n° 51 et le droit de retour des collatéraux privilégiés.

\(^{190}\) Soit qu’ils existent au décès de l’adopté et qu’ils ne soient ni indignes, ni renonçants.
manière prioritaire\textsuperscript{191}. En effet, lorsque les conditions de l’article 368-1 ne sont pas remplies et notamment en présence du conjoint survivant, il est possible d’invoquer les droits de retour des collatéraux privilégiés et/ou des père et mère. Dans ce cas, si une partie des biens a été aliénée par le \textit{de cujus}, les père et mère peuvent invoquer l’article 368-1 pour les biens se trouvant en nature dans la succession et l’article 738-2 pour les biens aliénés. Les collatéraux privilégiés, quant à eux, pourront invoquer l’article 757-3 pour les biens venant d’un ascendant et se trouvant en nature dans la succession. Une même succession pourrait ainsi être divisée en trois successions distinctes dont deux successions anormales.

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

Section II – Le droit de retour des collatéraux privilégiés

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

descendant, et le Sénat qui souhaitait leur voir conserver des droits légaux. La commission mixte paritaire retint un compromis : puisque le fondement des droits successoraux des collatéraux privilégiés était la conservation des biens dans la famille, cet objectif pouvait être rempli de manière plus satisfaisante par un droit de retour portant sur les biens de famille plutôt que par des droits successoraux pouvant porter sur des biens acquis par le couple. C’est ainsi que l’article 757-3 fut introduit dans le Code civil. Selon cet article, en cas de prédécès des père et mère, les biens reçus des ascendants du de cujus par succession ou donation et qui se retrouvent en nature dans la succession, sont, en l’absence de descendants, dévolus pour moitié aux frères et sœurs du défunt ou à leurs descendants, eux-mêmes descendants du parent prédécédé à l’origine de la transmission.

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

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

---

192 A l’origine, l’article ne prévoyait qu’un droit de retour sur les biens reçus des père et mère. Les biens reçus des ascendants a été rajouté par la loi du 23 juin 2006.
193 Qu’il n’y ait pas de descendants, qu’ils soient renonçants ou indignes comme dans le droit de retour de l’adopté simple.
de l’article 757-3 utilise les mots « en cas de prédécès des père et mère » portant à croire que le décès des deux parents est indispensable. En effet, si l’un des parents est encore en vie, il recueille un quart de la succession ce qui écarterait le droit de retour des collatéraux. Les travaux parlementaires accèdent cette thèse puisqu’ils précisent qu’en cas de prédécès des père et mère, le conjoint survivant recueille toute la succession et qu’en ce cas, le droit de retour doit jouer. Pourtant, on peut regretter cette interprétation puisqu’elle ruine la volonté de conserver les biens de famille. En effet, en cas de prédécès du parent ayant donné un bien de famille au de cujus, ce bien de famille sera partagé entre l’autre parent et le conjoint survivant, bien loin de sa famille d’origine.

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

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

196 JUBAULT C., op. cit., p. 188, § 259.
197 VIDALIES A. et HYEST J.-J., Rapport AN n° 3382 et Sénat n° 67.
199 Le texte originel issu de la loi du 3 décembre 2001 ne visait que le cas de biens reçus des père et mère. La loi du 23 juin 2006 s’est contentée de substituer « les biens que le défunt avait reçu d’eux » aux « biens que le défunt avait reçu de ses ascendants ». On peut ainsi se demander s’il s’agit d’un oubli du législateur.
d’un ascendant privilégié ou ordinaire. Ces biens recueillis à titre gratuit peuvent être qualifiés de biens de famille et on va présumer leur valeur affective. Ces biens doivent évidemment se retrouver en nature dans la succession ce qui signifie qu’il ne doivent pas avoir péri et que le de cujus n’en a pas disposé à titre onéreux ou gratuit\textsuperscript{200}.

Puisque ce droit de retour porte sur les biens de famille, ayant une valeur affective, on pourrait penser qu’il ne peut porter que sur des biens corporels comme un immeuble ou un meuble meublant. En effet, certains biens sont totalement dépourvus de valeur affective tel qu’un portefeuille de valeur mobilière par exemple. Toutefois, en l’absence de précision par le législateur, on ne peut exclure les biens « sans affect » du droit de retour légal\textsuperscript{201}. Même si cela contredit le fondement du droit de retour légal, le critère de la valeur affective paraît trop subjectif pour pouvoir être utilisé.

Le bien doit se retrouver en nature dans la succession. Malgré sa simplicité, cette condition peut poser problème. En effet, la nature des biens exigée est-elle la nature d’origine ? Peut-on dire que le bien amélioré voire transformé se retrouve en nature dans la succession du de cujus ? Le terrain surbâti d’une maison par le de cujus a-t-il changé de nature ? On peut penser que le bien modifié matériellement ne change pas de nature, ainsi, le terrain surbâti ferait retour\textsuperscript{202}. En revanche, le bien dont la nature juridique s’est modifiée ne se retrouverait pas en nature dans la succession. Ce serait le cas, par exemple, d’une maison de famille apportée à une SCI même si le de cujus est propriétaire de parts de la société.


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

\textsuperscript{202} \textit{Contra} BEIGNIER B., article précité.
En revanche, les choses de genre ne peuvent bénéficier du droit de retour légal en raison de leur fongibilité\textsuperscript{203} puisque celle-ci rend impossible l’identification en nature de la chose\textsuperscript{204}. Ainsi, une somme d’argent ne peut faire l’objet d’un droit de retour légal\textsuperscript{205} sauf si son identification est possible parce qu’elle a été déposée sur un compte spécifique, par exemple\textsuperscript{206}.

Certains auteurs se sont interrogés sur le point de savoir si le droit de retour pourrait porter sur un bien donné ou légué ayant fait l’objet d’une réduction en nature. En effet, la réduction entraîne la caducité du legs qui ferait ainsi partie du patrimoine du défunt\textsuperscript{207}. Toutefois, le principe est aujourd’hui de la réduction en valeur laissant à penser que cette hypothèse sera très rare. En outre, le legs écartant le droit de retour, on voit mal comment ce dernier pourrait réapparaître suite à une action en réduction et prémier alors la réserve du conjoint, d’ordre public\textsuperscript{208}. Ainsi, il faut convenir que la réduction ne ressuscite pas le droit de retour.


\textsuperscript{208} LEROYER A.-M., op. cit., p. 160, § 204.
50. **Difficulté de la preuve de la provenance** - Afin de pouvoir bénéficier du droit de retour légal, les collatéraux devront rapporter la preuve de sa provenance. Pour les immeubles, cette preuve est facile à rapporter grâce à la publicité foncière. En revanche, pour les biens mobiliers, cette preuve est bien plus difficile à rapporter puisque ces biens sont souvent donnés manuellement. A moins qu’il ne soit marqué du sceau d’un ascendant, cette preuve posera des difficultés\(^{209}\).

51. **Améliorations ou dégradations par le défunt** - Toutefois un problème se pose : lorsqu’un bien de famille qui fait l’objet d’un droit de retour a été amélioré ou dégradé par le *de cujus*, peut-il y avoir dédommagement ? Ainsi, on peut imaginer un bâtiment ayant fait l’objet d’une extension ou encore une entreprise développée par le donataire. On peut aussi, à l’inverse, imaginer qu’une maison, transmise en bon état, menace ruine par défaut de soins. La loi est muette quant au sort de ces améliorations ou dégradations et la nature successoriale du droit de retour laisse à penser que font retour les biens dans l’état dans lequel ils se trouvent à l’ouverture de la succession, le bénéficiaire du droit de retour bénéficiant des améliorations et supportant les dégradations\(^{210}\).

Si le bien, objet du droit de retour, a fait l’objet d’améliorations par le *de cujus* alors qu’il est marié, son conjoint pourrait-il en être indemnisé ? Lorsqu’il y a eu amélioration par des fonds communs, en régime de communauté, la théorie des récompenses pourra amoindrir le préjudice pour le conjoint survivant à condition que le bien soit propre au *de cujus*\(^{211}\), que les améliorations ne soient pas qualifiées de

---


\(^{211}\) Conformément à l’article 1412 du Code civil : « Récompense est due à la communauté qui a acquitté la dette personnelle d’un époux. »
charge de jouissance\textsuperscript{212} ou ne proviennent pas du travail personnel du \textit{de cujus}\textsuperscript{213}. Mais en régime de séparation de biens, le préjudice sera entier puisque le conjoint survivant sera privé de ces améliorations\textsuperscript{214}. Ainsi, il apparaît nécessaire de prévoir un régime d’indemnisation des améliorations apportées par le \textit{de cujus}. Pour ce faire, il serait opportun d’utiliser le régime des récompenses de l’article 1469 du Code civil même si cela doit complexifier les règlements successoraux\textsuperscript{215}.

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

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

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


succession anomale, distincte de la succession normale\textsuperscript{216}. Dans une succession anomale, deux successions distinctes sont créées dans lesquelles chaque bénéficiaire bénéficie d’une option. Or, le conjoint et les collatéraux privilégiés n’ont qu’une option chacun pour leur succession et ne peuvent user d’une option dans chaque succession\textsuperscript{217}. En outre, le droit de retour n’est que de moitié du bien selon les défenseurs de la thèse de l’unité de la succession en présence du droit de retour des collatéraux privilégiés. En outre, il semblerait, que l’article 757-3 ne joue que par dérogation à l’article 757-2, ce qui aurait pour conséquence que conjoint et collatéraux privilégiés n’auraient pas d’option\textsuperscript{218}.

Cette thèse entraînerait toutefois une conséquence qui irait à l’encontre de l’esprit de la loi : s’il n’y a pas de succession anomale, alors le droit à réserve du conjoint survivant s’appliquerait sur toute la succession, le bien faisant l’objet du droit de retour compris \textsuperscript{219}.

Toutefois, on peut douter de cette thèse. En effet, c’est l’origine du bien qui conditionne la dévolution au profit de certains collatéraux privilégiés\textsuperscript{220}. Si l’on retient la thèse de l’unité de succession, comment pourrait-on alors justifier que seule une partie des collatéraux privilégiés bénéficie de ces droits successoraux ? Cette différenciation de traitement n’est justifiable que, parce que le bien faisant retour est un bien de famille et que le fondement du droit de retour est la conservation des biens dans la famille.

JUBAULT C., op. cit., p. 303, § 416 ; TERRÉ F., LEQUETTE Y. et GAUDEMETER S., Les successions- les libéralités, 4\textsuperscript{e} éd. Dalloz, p. 227, § 223.


\textsuperscript{219} JUBAULT C., op. cit., p. 302-303, § 415-418 ; TERRÉ F., LEQUETTE Y. et GAUDEMETER S., op. cit., 4\textsuperscript{e} éd. Dalloz, p. 227, § 223.

\textsuperscript{220} Ceux qui descendent de l’ascendant à l’origine de la transmission
L’argument de la quotité du retour n’est pas convaincant puisque ce droit de retour est le compromis trouvé par le législateur pour satisfaire les partisans des droits du conjoint et ceux souhaitant conserver les biens dans la famille. Ainsi, on ne peut parler de dévolution ordinaire, même si la succession anomale ne concerne qu’une fraction du bien.

55. **Droit de retour et réduction** – Le droit de retour s’articule mal avec le rapport et la réduction. Imaginons qu’une mère ait donné la totalité de son patrimoine composé d’une maison de famille à son fils A en avancement de part successoriale. Au décès de celle-ci, B, la sœur de A, reçoit une indemnité de rapport de 50 versée par A. Puis A décède peu de temps après, sans descendants mais en laissant une épouse. La maison vaut toujours 100 et B bénéficiera du retour de la moitié de la maison pour 50. L’opération est rentable pour B. Un exemple similaire peut être donné avec une indemnité de réduction\(^{221}\).

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

Tout d’abord, la moitié du bien sera dévolue aux collatéraux privilégiés tandis que l’autre moitié sera attribuée au conjoint survivant. Il faudra par conséquent procéder à un partage et en l’absence de partage en nature possible et d’accord entre les collatéraux eux-mêmes et/ou le conjoint, il est probable que le bien sera licite\(^{222}\). Ensuite, le barème des droits de mutation à titre gratuit entre frères et sœurs voire entre oncle et neveu ne peut qu’inciter les collatéraux à revendre le bien de famille

---


pour payer ces droits\textsuperscript{223}. Peut-on réellement parler de droit successoral dans ces conditions ? Les obstacles constitués par le droit de l’indivision et le droit fiscal peuvent-il réellement être surmontés pour que le bien soit conservé dans la famille ?

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

Un auteur a proposé que le droit de retour porte uniquement sur la nue-propriété du bien\textsuperscript{224}. En effet, cela limiterait la plupart des inconvénients. Tout d’abord, l’usufruit serait dévolu au conjoint ce qui lui permettrait de continuer à utiliser le bien, notamment s’il s’agit de sa résidence principale, ou d’en percevoir les fruits. Quant au paiement des droits de mutation à titre gratuit, la base imposable sera assise sur la nue-propriété et le paiement des droits pourra être différé au décès du conjoint survivant usufruitier conformément aux articles 397 et 404B de l’annexe III du Code

---

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

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

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

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

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

Section III – Le droit de retour des père et mère

58. **Présentation** - Le droit de retour légal au profit des père et mère, créé par la loi du 23 juin 2006, est une contrepartie accordée par le législateur à la suppression de la réserve des ascendants. Selon l’amendement proposant sa création, ce droit de retour a pour but d’éviter que les biens de famille ne sortent de celle-ci. Cela étonne car, d’une part, la réserve des ascendants avait un double fondement de subsistance et de conservation des biens dans
la famille. D’autre part, ce droit de retour, réservé à l’ascendant donateur et pouvant être exercé en valeur, permet difficilement de conserver les biens dans la famille.

59. **Conditions tenant aux personnes** - Comme pour les autres droits de retour, le *de cujus* ne doit pas avoir de descendant\(^\text{226}\). En revanche, la question de la présence du conjoint survivant est plus délicate puisque le texte ne dit mot sur la question. Selon certains auteurs\(^\text{227}\), la présence du conjoint fait obstacle au droit de retour des père et mère pour deux raisons. Tout d’abord, le droit de retour des père et mère est placé dans une section intitulée « *Des droits des parents en l’absence de conjoint survivable* ». Ensuite, l’assiette du droit de retour est définie par renvoi à l’article 738 lequel précise les droits *ab intestat* des parents en l’absence de conjoint. Toutefois, cette opinion n’est pas partagée par l’ensemble de la doctrine\(^\text{228}\) et la lecture des travaux parlementaires\(^\text{229}\) laisse à penser que la présence de conjoint survivant ne fait pas obstacle au droit de retour des père et mère. En effet, l’article définissant le droit de retour est, avant tout, placé dans une partie consacrée aux droits des héritiers autres que le conjoint survivable\(^\text{230}\). En

\(^{225}\) DE RICHEMONT H., *Rapport Sénat* n° 343, p. 35.

\(^{226}\) Cf. infra n° 41.


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

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

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

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

---


²³⁴ Voir supra n° 65.

²³⁵ Lesquels seront soumis au droit de retour des collatéraux privilégiés.
mère s’écarte des autres droits de retour puisqu’il admet la subrogation réelle. Ainsi, en cas d’aliénation, le droit de retour peut s’exercer en valeur\textsuperscript{237} ce qui signifie qu’à l’inverse des autres droits de retour, l’aliénation ou le legs du bien donné ne fait pas obstacle au retour\textsuperscript{238}.


On peut, tout d’abord, considérer que le droit de retour est plafonné à un quart de l’actif net de la succession, quelle que soit la valeur des biens donnés. Ainsi le droit de retour serait plafonné au montant des droits *ab intestat* du parent qui sont d’un quart et il porterait sur tous les biens de famille. Cela signifie que, si la valeur des biens donnés est inférieure à un quart de l’actif net successoral, le droit de retour porterait sur l’intégralité des biens donnés. Sinon il serait limité\textsuperscript{239}. Les travaux parlementaires plaident pour cette solution puisque le rapport de l’Assemblée Nationale dispose que : « *Par coordination avec les dispositions de l’article 738 du Code civil, relatives aux règles de dévolution légale applicables en cas de prédécès d’un enfant sans descendance, ce droit de retour est limité, pour chaque parent* ”

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

\textsuperscript{237} Conformément à l’article 738-2 alinéa 3 du Code civil.

\textsuperscript{238} TERRÉ F., LEQUETTE Y., GAUDEMET S., *op. cit.*, p. 231, § 229.
vivant, au quart de la succession. »

En outre, on peut penser que ce droit de retour ayant pour but de compenser la réserve des ascendants, la logique voudrait qu’il adopte la même quotité.

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


240 HUYGUES S., rapport AN n° 3122, p. 68.


Il nous paraît toutefois préférable d’adopter la première interprétation d’autant qu’elle est en accord avec les travaux parlementaires. Prévoir un droit de retour ne portant que sur un quart des biens donnés présente peu d’intérêt. Si retour il y a, il ne peut porter que sur la totalité du bien donné pour imposer une indétermination entre les parents, anciens propriétaires du bien, avec les héritiers ne peut qu’être source de conflits. Cela ne permet pas de remplir la fonction du droit de retour en conservant le bien dans la famille d’origine. Si ce droit de retour est un palliatif à la réserve des ascendants, comme cela a été présenté par le législateur, limiter ce droit de retour à ¼ du bien donné paraît peu pertinent. Tandis que limiter le retour au quart de l’actif successoral évite de vider l’actif successoral au détriment des héritiers en permettant aux père et mère de bénéficier de leur ancienne réserve.

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

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

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

---


64. **Imputation sur les droits successoraux** – L’article 738-2 prévoit que la valeur de la portion des biens soumise au retour s’impute sur les droits successoraux des père et mère. La valeur du droit de retour sera donc déduite des droits successoraux. Cela signifie que si le droit de retour porte sur un bien dont la valeur est inférieure aux droits successoraux, le père ou la mère pourra récupérer le bien donné et prendre le complément sur l’actif successoral. En revanche, si cette valeur est égale ou supérieure, le parent sera rempli de ses droits *ab intestat* par le retour. En outre, si la valeur du retour est supérieure, il ne pourra prétendre au retour de la totalité du bien mais seulement de la fraction représentant sa part de succession du quart\(^{245}\).

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

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

---

\(^{245}\) Imaginons que Jean soit décédé en laissant son père Pierre et un conjoint survivant Anne. Pierre avait donné à Jean une maison d’une valeur de 100 qui existe toujours en nature dans la succession et dont la valeur est inchangée. Il n’y a pas d’autres biens existants. En présence d’un conjoint survivant et d’un ascendant privilégié, la succession est dévolue conformément à l’article 757-1 soit ¼ pour le père et ¾ pour le conjoint survivant. Pierre bénéficie de son droit de retour légal portant sur le bien donné à concurrence du quart de l’actif net successoral soit \((100/4)\) 25. La masse partageable ne comprend que les biens existants soit 100. Les droits successoraux de Pierre sont de 25 sur lesquels s’impute son droit de retour en totalité. Les droits successoraux d’Anne sont de 75. Si Jean avait laissé, outre la maison, des biens existants pour une valeur de 700. Le droit de retour légal de Pierre aurait été de la valeur des biens donnés, soit 100, dans la limite du quart de l’actif net successoral soit \((700+100)/4 = 200\). Ainsi, Pierre aurait bénéficié du retour de la maison pour une valeur de 100 et aurait pu compléter ses droits successoraux en prélevant 100 sur les biens existants. Anne aurait bénéficié des ¾ de 800 soit 600.
distinctes comme une succession anomalé, il ne peut donc pas en recevoir la qualification. On peut le qualifier en conséquence de droit sui generis.

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

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

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

---

248 Contrairement au droit de retour des frères et soeurs dont le fondement est la conservation des biens familiaux dans la famille.
249 Cette opinion n’est toutefois pas partagée par tous les auteurs : Cf. infra n° 59.
solidarité familiale qui imposerait aux enfants de transmettre une partie de leurs biens à leurs parents, à condition toutefois qu’ils aient mérité cette attention en ayant gratifié leur enfant par le passé. La subsistance serait, selon leurs arguments, subordonnée à une gratification préalable. On ne peut aller en ce sens puisque la subsistance a toujours été fondée uniquement sur le lien de parenté ou d’alliance. Toutefois, ce droit de retour est censé pallier la suppression de la réserve des ascendants, réserve dont l’un des fondements est la subsistance.

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

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

moitié de la succession voire d’un quart si chaque parent bénéficie d’un droit de retour.

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

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

252 Imaginons que Jean soit décédé en laissant un conjoint survivant Anne et son père Pierre. Jean avait rédigé un testament, avant son décès, dans lequel il léguait la totalité de sa succession à son neveu Gabriel. Jean laisse des biens existants d’une valeur de 100. Durant sa vie, Jean avait reçu de son père Pierre une donation d’une maison d’une valeur de 100. Jean avait vendu cette maison il y a plusieurs années pour la même valeur. En présence d’un conjoint survivant et d’un ascendant privilégié, la succession est dévolue conformément à l’article 757-1 soit ¾ pour le père et ¼ pour le conjoint survivant. Toutefois, en présence d’un légataire universel, Anne ne pourra prétendre qu’à sa réserve du quart conformément à l’article 914-1 et Pierre, à son droit de retour légal portant sur le bien donné à concurrence du quart de la succession (tel que nous l’avons déterminé n° 62). Pour liquider la succession, il faut tout d’abord liquider la réserve. La masse de calcul de la réserve comprend les biens existants soit 100. Anne est réservataire pour ¼ soit 25 et la quotité disponible est de 75. Il faut ensuite liquider le droit de retour. L’actif net successoral ne comprend que les biens existants soit 100. Le droit de retour de Pierre s’exerce dans la limite du quart de l’actif net successoral soit 25.

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


254 Le droit de retour légal de l’ascendant donateur a été supprimé par la loi du 3 janvier 1972.
puisqu’il s’agit d’une résolution rétroactive de la donation qui fait revenir le bien dans le patrimoine donateur sans frais et libre de toute charge. Lorsque ce droit de retour n’est pas stipulé, c’est qu’un intérêt le commande. Ainsi, lorsqu’un terrain familial est donné afin de bâtir une maison pour la famille à venir, il n’est pas pertinent de prévoir un droit de retour pour le parent donateur. En effet, l’indivision créée entre les père et mère et le conjoint survivant sur le terrain et la maison familiale construite dessus sera source de difficultés. En l’absence d’entente entre les père et mère et le conjoint survivant, le bien devra être licite. Ce droit de retour ne paraît utile, en fin de compte, que pour les donations non solennelles dans lesquelles le droit de retour n’a pas été prévu parce que la donation n’a pas eu lieu par acte notarié.

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

70. **Conclusion du chapitre** - Les droits de retour sont les derniers vestiges de la conservation des biens en nature dans la famille dans le droit successoral contemporain. Pourtant, nous avons démontré qu’aucun des droits de retour existants n’atteint le but qui lui est assigné : celui de conserver les biens dans la famille. En effet, le droit de retour de l’adopté simple cède devant le conjoint survivant, lequel est par définition, un étranger dans la famille, alors que c’est l’unique droit permettant le retour entier du bien reçu des ascendants privilégiés. Le droit de retour des collatéraux privilégiés ne concerne que la moitié du bien reçu des ascendants entraînant une indivision et un risque de licitation. Quant au droit de retour des père et mère, non seulement, il ne concerne qu’une fraction du bien mais, en plus, il peut n’être qu’en valeur.
Il a pu être dit que le but des droits de retour n’était plus de conserver les biens en nature dans la famille mais qu’aujourd’hui, il servait à conserver des richesses dans la famille. Pourtant, on ne peut adhérer à cette thèse car il paraît difficile de comprendre pourquoi seuls les ascendants privilégiés donateurs et certains collatéraux privilégiés pourraient bénéficier de ce retour de richesse. C’est au contraire le lien affectif avec un bien de famille qui justifie le retour dans la famille d’origine.

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

255 PARIS G., thèse préciée, p. 115 et suiv., § 115 et suiv.
256 POTHIER, Œuvres complètes de Pothier, Traité du douaire, tome XIII, Chez Thomine et Fortic, 1821, § 280 et §3.
257 POTHIER, ibidem, § 28.
258 POTHIER, ibidem, § 47.
onéreux ou à titre gratuit à un étranger, le retrait lignager opérait. Les coutumes accordaient le retrait à la famille du vendeur, du côté d’où venait l’héritage sans limitation de degré dans la plupart des coutumes. Ainsi, quiconque dans la famille du vendeur issu de l’aïeul duquel provenait le bien pouvait exercer le retrait. Lorsque plusieurs lignagers souhaitaient exercer le retrait, certaines coutumes donnaient préférence au parent le plus proche du vendeur soit dans tous les cas, soit lorsqu’il exerçait son retrait avant le remboursement de l’acquéreur tandis que la plupart des coutumes accordaient le retrait au premier retrayant quel qu’il fût son degré de parenté avec le vendeur. Certaines coutumes faisaient concourir les parents de même degré. Le délai dans lequel devait s’exercer le retrait différait selon les coutumes de dix-sept jours à un an et un jour. Toutefois, la majorité des coutumes fixaient ce délai à un an et un jour à compter du jour où l’acquéreur était entré en possession réelle. Le retrait s’exerçait par un exploit de demande de retrait devant le juge par le retrayant.

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

259 POTHIER, ibidem, § 48.
260 POTHIER, ibidem, § 135.
261 POTHIER, ibidem, § 139.
262 Coutumes de Troyes et de Normandie.
263 POTHIER, op. cit., § 171.
264 Coutumes de Blois, Tours, Anjou, Châteauneuf et Chartres.
265 Notamment coutumes de Paris et Orléans.
266 Coutumes de Bordeaux et Normandie.
267 POTHIER, op. cit., § 222.
268 POTHIER, op. cit., § 260.
au conjoint d’être remboursé de la valeur du bien\textsuperscript{269} et ainsi de bénéficier d’une subsistance et d’éviter des indivisions problématiques puisque seul le collatéral intéressé acquerrait le bien.

En contrepartie, les droits de retour seraient supprimés.

\textsuperscript{269} La valeur de son droit au logement serait déduite du prix, le cas échéant.
71. **Conclusion du titre I** - La première fonction politique de la réserve héréditaire est une fonction d’organisation des pouvoirs par la conservation des biens dans la famille. L’émergence de cette fonction fait écho à la volonté de protection des vassaux par le seigneur pendant la période féodale. Pour assurer la continuité de cette protection, les fiefs deviennent héréditaires entre les mains du fils aîné.

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

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

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

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

Les Lumières ont mis en avant les inégalités du droit coutumier au détriment des filles et des puînés. En réaction, la Révolution et le Code civil ont voulu favoriser l’égalité dans le droit des successions au moyen de la
réservé héréditaire. Cette égalité a également permis de disperser les biens familiaux pour éviter le retour aux excès de l’ancien régime.

Dans le droit contemporain, la conservation des biens en nature dans la famille est en déclin ; toutefois, on constate que la prise en compte de la valeur des biens prend de plus en plus d’importance.
Titre II – La réserve, un moyen de disperser les biens pour assurer l’égalité des individus

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

Le droit contemporain pose également pour fonction de la réserve héréditaire, la dispersion des biens. Toutefois, cette dispersion n’a pas lieu en faveur des héritiers réservataires mais est au service de la volonté individuelle du de cujus. En effet, le renouveau des pactes successoraux dérogeant à la réserve héréditaire démontre que le dessein du législateur est désormais de faciliter l’anticipation successorale en n’hésitant pas à porter atteinte à la réserve héréditaire (Chapitre II).
Chapitre I – L’avènement des principes égalitaires au service de l’individu dans le Code civil

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

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

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

74. **Présentation** - Le 17 juin 1789, le Tiers État se déclare Assemblée nationale et prend le titre d’Assemblée nationale constituante. Sa mission est de donner une nouvelle constitution à la nation. Celle-ci élargit son rôle en décidant le 5 juillet 1790, de rédiger un code de lois civiles communes au pays. La diversité des coutumes et des lois des pays de droit écrit empêche l’unité et l’égalité dont ils veulent faire le socle de la constitution. Mirabeau convainc notamment la constituante que, pour ces raisons, les lois successorales tiennent de la constitution.\(^{270}\)

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

---

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

§ 1 – L’unification du droit successoral

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

---

271 *Cf. infra n° 17 et suiv.*

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

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

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

Dans les coutumes d’égalité stricte, notamment, l’Anjou, le Maine et la Touraine, l’égalité est consacrée et vise aussi bien les legs que les donations entre vifs. Tous les enfants doivent venir à la succession et y rapporter ce qu’ils ont reçu, même s’ils renoncent à la succession. Dans les coutumes d’option, notamment celle de Paris, les enfants dotés ne sont plus exclus de la succession et peuvent choisir d’y venir à charge de rapporter ce qu’ils ont reçu par dot ou donation entre vifs afin de maintenir l’égalité entre enfants. Mais l’enfant peut aussi décider de renoncer à la succession et conserver ainsi sa dot ou donation.

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


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

93
L’égalité est en effet « imposée par les principes de la constitution nouvelle dont la base est l’égalité et dont le désir est l’égalité des fortunes. »

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

---

275 ARON G., art. préc., p. 482.
276 PEGUERA POCH M., op. cit., p. 284.
278 ROBESPIERRE, Discours, p. 563 in ARON G., art. préc., p. 483.
Malgré la vivacité des débats, la Constituante ne tranche pas ces questions. Elle se contente d’abolir les inégalités s’appliquant aux successions roturières\(^{279}\) par le décret des 8-14 avril 1791, puis elle se dissout.

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

Sa première œuvre est d’interdire les substitutions, de supprimer pour l’avenir celles en vigueur et enfin de frapper d’extinction celles faites avant sa publication et non encore ouvertes, par le décret du 14 novembre 1792\(^ {280}\). Il n’est plus possible de subordonner « les intérêts du peuple vivant au caprice du peuple mort\(^ {281}\). » Puis elle supprime les inégalités résultant de la volonté dans les successions par le décret du 4 janvier 1793\(^ {282}\).

Toutefois, le droit successoral n’est toujours pas unifié. Une suite de décrets va s’atteler à cette tâche. Tout d’abord, le décret du 7 mars 1793 interdit de disposer de ses biens, à cause de mort, entre vifs ou par institution contractuelle en ligne directe\(^ {283}\). Puis, le décret du 5 brumaire an II\(^ {284}\) étend cette prohibition aux lignes collatérales et restreint la quotité disponible à un dixième des biens du *de cujus* si

---

\(^{279}\) Ainsi le décret du 8 avril 1791, sanctionné le 14 du même mois dispose que : « L’assemblée nationale décrète ce qui suit : Toute inégalité ci-devant, résultant entre héritiers ab intestat, des qualités d’ainés ou pulvés, de la distinction des sexes ou des exclusions coutumières, soit en ligne directe, soit en ligne collatérale, est abolie; tous héritiers en égal degré succéderont par portion égale aux biens qui leur sont défrères par la loi : le partage se fera de même par portions égales dans chaque souche, dans les cas où la représentation est admise ( art. 1 ).
En conséquence, les dispositions des coutumes ou statuts, qui excluaient les filles ou leurs descendances, du droit de succéder avec les mâles ou les descendans des mâles, sont abrogées. » in PAILLET, Législation et jurisprudence des successions, selon le droit ancien, le droit intermédiaire et le droit nouveau, Chez Le Normant et A. Eymery, 1816, p. 76, § 216 et suiv.

\(^{280}\) PAILLET, Législation et jurisprudence des successions, selon le droit ancien, le droit intermédiaire et le droit nouveau, éd. Chez Le Normant et A. Eymery, 1816, p. 83 § 238 et suiv.


\(^{282}\) PAILLET, op. cit., p. 84 § 242.

\(^{283}\) PAILLET, ibidem p. 84 § 242.

\(^{284}\) Ou 26 octobre 1793. Pour une étude complète de la loi, *Cf. PAILLET, ibidem* p. 107 et suiv. § 320 et suiv.
celui-ci laisse des descendants en ligne directe et un sixième s’il ne laisse que des collatéraux. Le décret du 12 brumaire an II reconnaît enfin des droits successoraux aux enfants naturels.

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

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

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

286 PAILLET, op. cit., p. 103 § 294 et suiv.
287 Les 6 et 10 janvier 1794.
288 Loi du 17 nivôse an II, art. 9 : rapport AP, tome XXVIII, p. 606.
réaffirme la faculté de disposer du dixième de ses biens s’il existe des héritiers en ligne directe et du sixième s’il n’y a que des collatéraux mais uniquement au profit de personnes autres que celles appelées au partage

La base du droit successoral doit être l’affection présumée de la nature et les liens de sang. Toutefois, le mariage doit rester la base de la famille. Celui-ci est idéalisé et puisqu’il est basé sur l’amour, il ne reconnaît pas les enfants adultérins et incestueux qui restent exclus des successions. Seuls les enfants adultérins peuvent recevoir, à titre d’aliments, le tiers de la part à laquelle ils auraient eu droit s’ils avaient été légitimes. La Convention consacre la primauté de la succession *ab intestat* et toutes les lois, coutumes, usages et statuts relatifs à la transmission de biens par succession ou donation sont abolis selon l’article 61. Enfin, la loi établit la rétroactivité de cette loi au 14 juillet 1789. Pour les révolutionnaires, la liberté en matière successoriale est une menace pour l’égalité. La loi déterminant les héritiers agit comme elle pense que le *de cujus* l’aurait fait s’il avait manifesté sa volonté. La succession légale est par conséquent la volonté présumée du défunt.

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

291 Article 13 de la loi du 12 brumaire an II.
ou d’interprétation sont envoyées à la Convention\textsuperscript{295}. Pour ces raisons, la Convention décide de réformer la loi des 17 et 21 nivôse an II.

\section*{§ III : La loi du IV germinal an VIII ou le retour à la pondération}

\textbf{78. L’échec de l’égalité et sa réforme - Le constat de l’échec de l’égalité imposée entraîne sa réforme par} la loi du IV germinal an VIII\textsuperscript{296}. Elle fixe une quotité disponible variable selon le nombre d’enfants : un quart s’ils sont moins de quatre, un cinquième s’ils sont quatre, un sixième s’ils sont cinq\textsuperscript{297}, ainsi de suite, en comptant toujours pour déterminer la portion disponible, le nombre d’enfants plus un. La quotité disponible peut être donnée aux enfants sans qu’ils soient tenus au rapport.

En présence d’ascendants ou de collatéraux privilégiés, la quotité disponible est de moitié. Si le \textit{de cujus} ne laisse que des oncles, grands oncles ou tantes, cousins ou cousines germaines, la quotité disponible est de trois quarts.

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

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

\begin{footnotes}
\item[295] PEGUERA POCH M., \textit{op. cit.}, p. 297.
\item[296] Le 25 mars 1800 : PAILLET, \textit{op. cit.}, p. 321 et suiv.
\item[297] PAILLET, \textit{ibidem}, p. 321, § 1011.
\end{footnotes}
une certaine latitude au père de famille en augmentant la quotité disponible et en le laissant en disposer au profit d’un héritier ou de tiers, sans pour autant réintroduire les autres inégalités de l’ancien droit. Cela a permis de concilier les deux grands principes hérités de la révolution : la liberté et l’égalité tout en évitant le retour à la concentration des biens de l’ancien régime.

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

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

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

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

²⁹⁸ Soit le 12 août 1800.
²⁹⁹ Les commissaires sont quatre anciens avocats. Portalis le provençal et Maleville le périgourdin représentent les pays de droit écrit. Bigot de Préameneu le breton et Tronchet le parisien représentent le droit coutumier. Portalis est également un spécialiste de droit romain.
³⁰⁰ PORTALIS, *Discours préliminaire au premier projet de Code civil*, éd. Confluences, 1999, p. 57-59 : « S’il y a de puissants motifs de convenance ou d’équité de la laisser à la famille du propriétaire (…) aucun homme n’a, par un droit naturel et inné, le pouvoir de commander après sa mort et de se survivre pour ainsi dire à lui-même par un testament. »
propriétaire 301. » Dans la recherche des matériaux destinés à la préparation du Code civil, les commissaires empruntent largement aux règles et à la doctrine de l’ancien droit. Ils se fondent sur le droit romain pour la dévolution ab intestat tandis que les donations et testaments sont inspirés des ordonnances de Daguesseau.

Les commentateurs du Code civil ont voulu se détacher des excès du droit coutumier et en interdire le retour. Pour cela, ils conservent certains acquis de la législation révolutionnaire, notamment l’égalité dans les successions légitimes 302. Ils veulent également obliger la division des fortunes afin d’éviter la concentration de la fortune dans la main d’un seul. La réserve héréditaire (§ I) et la prohibition des mécanismes permettant de favoriser un héritier (§ II) sont les outils permettant l’égalité entre réservataires et la division des biens.

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

81. Plan – La réserve du Code civil ou légitime du Code civil 303 donna lieu à des débats houleux lors de sa rédaction. L’institution de la réserve en elle-même était peu discutée car la légitime était d’ordre social. L’ordre social ne pouvait subsister dans l’incertitude de la transmission d’une partie du

301 PORTALIS, op. cit., p. 57.
303 Lors des débats, les deux termes sont utilisés indifféremment pour désigner la réserve du Code civil tout comme au XIX siècle.
patrimoine des parents à leurs enfants. Elle permettait d’empêcher les abus d’autorité en instituant une légitime « pour faire connaître aux pères de famille les bornes au-delà desquelles ils seraient présumés abuser de leur droit de propriété en manquant à leurs devoirs de père et de citoyen. » La réserve du Code civil était un compromis entre la réserve coutumières et la légitime coutumières. Son fondement était celui de la légitime de droit romain alors que son régime s’inspirait très fortement de la réserve coutumières. La réserve permettait, par sa nature pars hereditatis (A) et la sanction en nature de son dépassement (B), de conserver une égalité en nature entre les héritiers réservataires.

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

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

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

---

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

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

101
elle-même diminuée de la portion disponible\textsuperscript{307}. La réserve était, par conséquent, un droit réel sur les biens de la famille dévolu collectivement à tous les héritiers désignés par la loi et acceptants. Ils étaient ainsi tenus aux dettes.

Lorsque la légitime romaine a été introduite dans le droit coutumier, elle a épousé la nature de la réserve coutumière\textsuperscript{308}.

Le système successoral français créé par les rédacteurs du Code civil était mixte ; il reposait majoritairement sur la succession \textit{ab intestat} en réservant une place à la succession testamentaire laissant planer le doute sur la nature de la réserve\textsuperscript{309}. Cette nature \textit{pars bonorum} ou \textit{pars hereditatis} de la réserve et sa fonction ne pouvaient, par conséquent, qu’être tirées de l’étude de la réserve du Code civil dans ses trois aspects : la réclamation de la réserve par voie d’exception et la possibilité de cumuler quotité disponible et réserve par un réservataire renonçant (1), la réclamation de la réserve par voie d’action et l’obligation d’accepter la succession pour être réservataire (2) et le caractère collectif ou individuel de la réserve (3).

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

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

\textsuperscript{306} Supra n° 324 et suiv.
\textsuperscript{307} GRIMALDI M., \textit{Droit civil – Successions,} 6\textendash; édition, éd. Litéc, 2001, p. 44, § 51.
\textsuperscript{308} Cf. infra n° 24 et suiv.
pas réglée explicitement dans le Code civil de 1804. Imaginons que le de cujus avait consenti une donation à un héritier réservataire. Celui-ci renonçait à la succession afin de se soustraire au rapport. Dans quelle mesure, le donataire pouvait-il conserver ce don ? Ne pouvait-il retenir que la quotité disponible ou également sa réserve et ainsi cumuler quotité disponible et réserve ? Cette question ne se résolvait pas de la même manière selon que la réserve héréditaire était pars honorum comme la légitime ou pars hereditatis comme la réserve coutumière. Dans les pays de droit écrit, la légitime imposait le cumul puisque la qualité d’enfant ne se perdait pas par la renonciation. Tandis que dans les pays de coutumes, la renonciation de la succession entraînait celle de la réserve coutumière. En revanche, la légitime coutumière admettait le droit de retenir la légitime par voie d’exception. La résolution de cette question avait fait l’objet d’un intense débat doctrinal et de plusieurs revirements de la part de la Cour de cassation.

84. Débat doctrinal — La doctrine a hésité entre trois systèmes : le système absolu du cumul par voie d’action ou de rétention, le système mitigé du cumul par voie de rétention et celui exclusif du cumul. Les partisans du système du cumul par voie d’action ou de rétention pensaient que la réserve du Code civil avait été calquée sur le modèle de la légitime de droit romain. Elle était de même nature et devait produire les mêmes effets. Ses défenseurs

310 POTHIER, Traité des propres, op. cit., p. 187.
311 POTHIER, Coutumes des Duché, Bailliage et Prévôté d’Orléans, et ressort d’iceux, Chez Debure à Paris et chez la Veuve Rouzeau-Montaut à Orléans, 1780, p. 449, n° 74 : « La légitime étant une portion que les père & mere doivent dans leur succession à leurs enfants, & conséquemment la demande de la légitime étant une especé de petitio hereditatis, plusieurs auteurs ont en tiré cette conséquence, que pour la demander par voie d’action, il faut être héritier au moins sous bénéfice d’inventaire. Mais tous conviennent qu’on peut la retenir par voie d’exception, quoiqu’on ait renoncé à la succession. »
312 POTHIER, Œuvres posthumes de M. Pothier, dédiées à Monseigneur le Garde des Sceaux de France, tome sixième contenant les traités des donations entre-vifs, des personnes et des choses,éd. à Orléans Chez Jul. Jean Massot, à Paris, Chez Pierre-Théophile Barrots le jeune, 1778, section 3, article 5, § 1 p. 193 : « si un enfant demandoit sa légitime contre un autre enfant dernier donataire, qui n’auroit lui-même dans ce qui lui auroit été donné, que ce qui est nécessaire pour remplir sa légitime, cet enfant donataire, quoiqu’il eût renoncé à la succession pour se tenir à son don, pourra néanmoins retenir sa légitime sur ce qui lui a été donné; & en conséquence, il aura congé de la demande en légitime de son frère, qu’il renverra contre les donataires précédents. »
s’appuyaient, dans leur démonstration, sur l’ancien article 921\textsuperscript{313} du Code civil qui interdisait aux créanciers du défunt de demander la réduction puisque la réduction était un droit personnel réservé à ceux qui ont la qualité d’enfant\textsuperscript{314}.

Les défenseurs du système mitigé de cumul par rétention\textsuperscript{315} considéraient que le droit à la réserve était un privilège attribué à la qualité d’héritier. En effet, les anciens articles 1003 et 1004 du Code civil\textsuperscript{316} prouvaient que ce sont les principes du droit coutumier qui avaient été introduits dans le Code civil\textsuperscript{317}. L’ancien article 921 invoqué par les partisans du premier système, n’avait pour but que d’exclure les créanciers et les légataires du bénéfice des biens donnés. Le droit de réclamer la réserve par voie d’action était par conséquent réservé à l’héritier ré servataire acceptant et refusé au renonçant. En revanche, lorsque le successful se trouvait déjà dans les biens, en raison d’un don, il pouvait retenir la réserve par voie d’exception. La réserve ne serait attachée à la qualité d’héritier que lorsqu’elle était réclamée par

\begin{footnotesize}
\begin{itemize}
\item \begin{footnotesize}MERLIN, répert., \textit{V° Légitime}, t. 7, p. 6 et suiv. et \textit{V° Réserve}, section I, § 1, n° 16; CHABOT DE L’ALLIER M., Commentaire des successions : cités sous Cass., 18 février 1818 : S, 1818, 1, 422.\end{footnotesize} 
\item \begin{footnotesize}Selon l’article 921 du Code civil de 1804, « La réduction des dispositions entre-cyfs ne pourra être demandée que par ceux au profit desquels la loi fait la réserve, par leurs héritiers ou ayants-cause; les donataires, les légataires, ni les créanciers du défunt ne pourront demander cette réduction, ni en profiter. »\end{footnotesize} 
\item \begin{footnotesize}Les débats préparatoires de cet article vont, en effet, dans ce sens. Ainsi, JAUBERT dans son rapport à l’Assemblée nationale explique que « si la réduction est exercée par ceux au profit desquels la loi fait la réserve, ces derniers seront-ils tenus de payer les dettes postérieures à la donation? Non, ils ne viennent pas comme héritiers, on les considère uniquement comme les codonataires ( … ) les créanciers n’ont de droits que sur la succession ( … ) l’action directe leur est refusée, mais elle ne leur est refusée que parce qu’elle n’est pas dans la succession. » FENET, op. cit., tome XII, p. 593.\end{footnotesize} 
\item \begin{footnotesize}FAVARD, confirme cette position dans son rapport au Corps législatif en déclamant « On a beaucoup agité la question de savoir, si, du moins, les créanciers du défunt pourraient exercer leurs droits sur les biens recouvrés par cette réduction. Pour l’affirmative, on disait que les enfants ne pouvaient demander la réduction qu’à titre d’héritiers, que dès lors, ils se trouvaient chargés de payer les dettes postérieures à la donation.( … ) Mais ce n’est pas comme héritiers que les enfants demandent le retraitement; cela est si vrai que la portion donnée qui entamait la réserve légale était retraitée de la succession. » FENET, ibidem, p. 634.\end{footnotesize} 
\item \begin{footnotesize}GRENIER, Traité des dons t. 2, n° 566 et 594; DELVINCOURT, t. 2, p. 113, 216, 248 , cités sous Cass. 18 février 1818 : S, 1818, 1, 422.\end{footnotesize} 
\item \begin{footnotesize}Selon lesquels « le legs universel est la disposition testamentaire par laquelle le testateur donne à une ou plusieurs personnes l’universalité des biens qu’il laissera à son décès. » Et « lorsqu’au décès du testateur, il y a des héritiers auxquels une quotité de ses biens est réservée par la loi, ces héritiers sont saisis de plein droit, par sa mort, de tous les biens de la succession; et le légataire universel est tenu de leur demander la livraison des biens compris dans le testament. »\end{footnotesize} 
\item \begin{footnotesize}Ces articles, qui définissent le legs universel, imposent au légataire l’obligation de demander la livraison des legs à l’héritier ré servataire saisi de plein droit par la mort du testateur comme cela était dans le droit coutumier.\end{footnotesize} 
\end{itemize}
\end{footnotesize}
voie d’action mais pas par voie d’exception, tout comme la légitime coutumière. Leurs arguments étaient les suivants. Tout d’abord, cela était déjà le cas dans la novelle 92 de Justinien 318 de même que dans l’article 307 de la coutume de Paris 319 et dans l’article 34 de l’ordonnance de 1731 320. En outre, cela aurait été aussi conforme à l’esprit des anciens articles 913 et 915 du Code civil ainsi qu’aux anciens articles 850 et 857 du Code civil qui n’imposaient le rapport qu’à son cohéritier et qu’à la succession. Enfin, les partisans de cette thèse arguaient que les autres réservataires n’avaient aucune voie pour attaquer cette disposition. Ils ne pouvaient utiliser l’action en réduction puisqu’ils se trouvaient remplis de leur réserve. Par quelle voie auraient-ils pu donc attaquer la donation ?

Enfin, les partisans du système exclusif du cumul 321, opinion majoritaire parmi les auteurs, mettaient en avant les arguments suivants. Le cumul aurait été impossible puisque la part des enfants qui renonçaient à la succession appartenait aux autres réservataires. Cela était corroboré par l’ancien article 845 du Code civil qui autorisait l’enfant à retenir le don qui lui avait été fait jusqu’à concurrence de la portion disponible. En outre, l’ancien article 913 divisait le patrimoine du défunt en deux parties : l’une disponible dont le défunt pouvait disposer au profit de toute personne et l’autre indisponible qui ne pouvait être dévolue qu’aux enfants en leur qualité d’héritiers et répartition entre eux suivant les règles de la succession ab intestat. Or, aux termes de l’ancien article 785, l’enfant renonçant était censé n’avoir jamais été héritier. Il ne pouvait donc retenir une portion de la succession ab intestat. Il était

318 « Licet autem ei qui largitatem meruit, abstinere ab hereditate, dummodo suplet ex donatione, si opus sit, ceterorum portionem. »
319 « Au cas où celui auquel on aurait donné voudroit s’en tenir à son don, faire le peut, en s’abstenant de l’hérédité, la légitime réservée aux autres. »
320 « Et en cas qu’un ou plusieurs des donataires soient du nombre des enfants du donateur, qui auraient eu droit de demander leur légitime sans la donation qui leur a été faite, ils retiendraient les biens à eux donnés, jusqu’à concurrence de la valeur de la légitime des autres que pour l’excédant. »
321 TOULLIER, t. 5, n° 10 ; FAVARD DE L’ANGLADE, Répertoire, V° Renonciation, § Ier, n° 14 ; DALLOZ, recueil alphabétique, V° Dispositions entre vifs, p. 417 ; n° 47 ; LEVASSEUR, portion disponible, n° 146 ; DURANTON A., t.7, n° 252 et suiv. ; VAZEILLE, Des successions, sur l’article 845, n° 4 ; POJOL, sur l’article 845, n° 4 , cités sous Cass., 18 février 1818 : 5, 1818, 1, 422.
désormais un tiers et ne pouvait retenir que la portion disponible comme tout autre tiers.\textsuperscript{322}

85. \textbf{Position de la Cour de cassation au cours du XIXe siècle} - La position de la Cour de cassation sur cette question a fluctué au cours du XIXe siècle. Tout d’abord, elle a rejeté le cumul dans l’arrêt Laroque de Mons du 18 février 1818\textsuperscript{323}. Cette affaire se passait en ancien pays de droit écrit. Dans cette espèce, une mère avait fait une donation d’un certain nombre de fonds et immeubles\textsuperscript{324} à son fils aîné. À son décès, ses cinq puînés acceptèrent la succession tandis que l’aîné, donataire, y renonça et s’empara de toute la succession afin de retenir sa réserve par voie d’exception. Les puînés l’assignèrent en partage. Monsieur Laroque de Mons, l’aîné, demanda alors l’attribution de la quotité disponible et d’une part d’enfant. Cette demande était conforme à la législation des anciens pays de droit écrit dans lesquels, ainsi que le droit romain le prescrivait, «l’enfant donataire pouvait, en renonçant à la succession pour s’en tenir à son don, retenir sa légitime sur les biens dont il avait été saisi par la donation, et conserver en outre, tout ce qui excédait la légitime du à ses frères et sœurs\textsuperscript{325}. »

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

\textsuperscript{322} Approuvent la jurisprudence : MARCADI V., art. 845 n° 4 ; VERNET P., De la quotité disponible, p. 381 et suiv. ; BEAUTES-BEAUPRÉ C.-J., op. cit., t. I, n° 229.
Pour plus d’explications sur les trois thèses en présence, voir DEMOLOMBE G., ibidem, tome XIX, p. 60 à 79, § 50 à 52 ainsi que la note sous Cass. 18 février 1818, S. 1818.1.422.

\textsuperscript{323} Cass. 18 février 1818 : S, 1818, 1, 422.

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

\textsuperscript{325} Cass. 18 février 1818 : S, 1818, 1, 422.
succession par la renonciation, il ne pouvait pas prétendre à la réserve. Elle a rejeté explicitement dans la motivation de l’arrêt les deux premières thèses et a consacré la thèse du non-cumul.

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

326 « Considérant qu’il résulte de la combinaison et du rapprochement des divers articles du Code civil relatifs à la légitime des enfants et notamment des articles 785, 786, 843, 845, 858, 859, 913, 917, 920, 921, 924, 1004, 1006, 1009, etc.; Qu’enfin lorsque ses libéralités excèdent cette quotité disponible, elles sont, sur la demande de ceux qui ont droit à la réserve, sujettes à réduction ou rapport, et que cet excédant fait nécessairement partie de sa succession réservée aux enfants pour leur légitime; Qu’elle est toujours la même, soit qu’il ait disposé à titre universel ou particulier, en faveur d’étrangers ou de ses enfants, et en faveur de ceux-ci, avec préciput et hors part, ou sans dispense de rapport; Qu’elle est la seule chose dont il puisse avantager l’un de ses enfants, en lui donnant expressément par préciput et hors part; Qu’à ce titre d’héritiers, ils sont saisis collectivement de tous les biens et actions du défunt, et investis du droit de former contre tous les donataires, sans distinction, la demande en réduction des donations qui excèdent la portion disponible; Que ceux d’entre eux qui renoncent, sont censés n’avoir jamais été héritiers, et que la part qu’ils auraient eue en cette qualité, accroît à leurs cohéritiers pour le tout, sans y distinguer la partie des biens existants en nature au jour du décès, de celle comprise dans des donations faites à des étrangers ou aux autres enfants renonçant, et sujette à rétranchement pour ce qui excède la quotité disponible; en telle sorte, que si l’un des enfants restait seul héritier, il aurait eu aussi seul droit à la totalité de la légitime ou réserve légale; Qu’alors et comme donataire, il ne peut jamais profiter que de la quotité disponible. (...) Le demandeur ayant volontairement renoncé à la qualité d’héritier pour s’en tenir à la donation, ne pouvait prétendre qu’à la portion disponible, et avait perdu sa part dans la réserve ou légitime que la loi ne donne qu’aux héritiers (...). » Arrêt Laroque de Mons, Cass. Civ. 18 février 1818, S. 1818.1.422.

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

Un revirement intervint dans l’arrêt Leproust du 17 mai 1843. Les arguments de la Cour étaient les suivants : la Cour de cassation s’appuyait sur les anciens articles 845, 915 et 922 du Code civil pour affirmer que la renonciation d’un enfant gratifié d’un don pour s’en tenir à la donation faite ne lui abdiquait pas sa part de réserve à laquelle il avait droit en sa qualité d’"enfant."

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

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

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

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

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

---

328 Civ. 27 mai 1843, S, 1843, 1, 689, note DEVILLE-NEUVE; D., 1843, 1, 289.
329 Ch. réunies, 27 novembre 1863, Lavialle, S, 1863, 1, 513 ; D., 1864, 1, 5, note BRÉSILLION.
Tout d’abord, pour connaître la réserve, il faut la déduire des articles 913\(^{330}\) et 915\(^{331}\) du Code civil de 1804 portant sur la quotité disponible, en soustrayant cette dernière de la succession. Ainsi, le législateur a entendu restreindre la liberté de disposer dans l’intérêt de la famille. Il faut, par conséquent, lui appliquer les règles que l’on aurait appliquées à tous les biens si le de cujus était mort ab intestat ce qui implique que le descendant ou l’ascendant n’a droit à la réserve qu’en qualité d’héritier\(^{332}\). La portion indisponible, dont le Code ne parle pas est la succession elle-même\(^{333}\).

Ensuite, on peut arguer que l’alinéa 2 de l’ancien article 915, dispose que les biens réservés au profit des ascendants seront par eux recueillis dans l’ordre dans lequel la loi les appelle à succéder. Or, cet article suppose des ascendants en concours avec des collatéraux, soit un partage, ce qui n’est possible que s’il y a eu acceptation de la succession\(^{334}\). Ainsi, la réserve serait une protection des héritiers ab intestat en tant que tels.

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

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

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

\(^{332}\) PERNEY D., La nature juridique de la réserve héréditaire, thèse Nice, 1976, p. 62-63 § 70.

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

On peut également remarquer que le législateur désigne par le mot « héritier », le réservataire dans tous les articles du Code civil de 1804, et notamment les articles 917, 922, 924, 930, ou encore 1004, 1006, 1009, 1011 et 1013:\footnote{335}

En outre, à la lecture de l’article 292 de la coutume de Paris\footnote{336} relatif à la réserve coutumière, on s’aperçoit que les anciens articles 913\footnote{337} et 915\footnote{338} sont rédigés selon le même modèle\footnote{339}. Ces articles fixent la portion dont le pater familias peut disposer librement. Cela n’est pas le cas de l’article 298 de la coutume de Paris\footnote{340} relatif à la légitime de droit qui fixe le montant de la légitime.

Enfin, l’ancien article 1004 dispose que si au décès du testateur, il existe des héritiers auxquels une quotité de biens est réservée par la loi, ces héritiers sont saisis de plein droit par sa mort de tous les biens de la succession et le légataire universel est tenu de demander la délivrance des biens compris dans le testament\footnote{341}. Ainsi, la loi accorde la saisine de la totalité de la succession aux réservataires montrant ainsi que la réserve est la succession elle-même diminuée de la quotité disponible, laquelle est l’exception. Elle n’est pas un droit de créance dans la succession, puisque dans ce cas, la saisine aurait été accordée au légataire et cela aurait été aux réservataires de réclamer leur réserve.

\footnotesize

\footnote{\textsuperscript{335} En ce sens : GOURJU A., op. cit., p. 72; BEAUTEAMS-BEAUPRÉ C.-J., De la portion des biens disponibles et de la réduction, éd. A Durand, 1855-1856, p. 103; PAVY A., ibidem, p. 213; CONDELISLE J.-B.-C., ibidem, p. 188 cités par PERNEY D., ibidem, p. 64; BOISONNADE, op. cit., p. 677 § 712.}

\footnote{\textsuperscript{336} Selon l’article 292 de la coutume de Paris : « Toutes personnes saines d’entendement, aagez & usant de leurs droits, peuvent disposer par testament & ordonnance de dernière volonté au profit de personne capable, de tous leurs biens meubles , acquests & conquêtes inmeubles & et de la cinquième partie de tous leurs propres, heritages, & non plus avant, encore que ce fust pour cause pitoyable. »}

\footnote{\textsuperscript{337} Cf. note n° 330.}

\footnote{\textsuperscript{338} Cf. note n° 331.}

\footnote{\textsuperscript{339} PERNEY D., ibidem, p. 63 § 71.}

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

\footnote{\textsuperscript{341} PERNEY D., ibidem, p. 66 § 75.}
87. **Consécration jurisprudentielle** – L’arrêt Lavialle du 27 novembre 1863 a consacré la thèse de la nature *pars hereditatis* de la réserve en affirmant que la réserve est la succession elle-même diminuée de la portion disponible et que les enfants ne la recueillent qu’à titre d’héritier. La loi fait deux parts dans le patrimoine du défunt; l’un disponible qui peut être donné ou légué et l’autre, indisponible, que la loi laisse dans la succession *ab intestat* et dont le titre pour recueillir cette part se trouve dans les anciens articles 745, 746 et 758 à 760.

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

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

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

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

---

342 Ch. réunies, 27 novembre 1863, Lavialle, S 1863, 1, 513 ; D 1864, 1, 5, note BRÉSILLION.
344 DRUET F.-C., *De la légitime en droit romain et de la réserve en droit français*, thèse Poitiers, 1863, p. 59.
Sous l’empire du Code de 1804, la question s’est toutefois posée de savoir si le renonçant devait être compté dans la fixation de la réserve dans deux hypothèses : lorsque la renonciation profitait aux héritiers de même rang et lorsqu’elle profitait aux héritiers d’un ordre subséquent.

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

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

La Cour de cassation justifiait sa position au moyen de l’ancien article 913. D’une part, selon cet article, le montant de la réserve était déterminé au moment du décès du disposant par le nombre des enfants qu’il laissait à ce moment là. L’article n’ajoutait aucune condition pour être comptés, notamment d’acceptation de la succession par les enfants, on ne saurait donc exiger cette condition. D’autre part, nulle part le Code civil ne fixait la réserve individuelle des héritiers tandis qu’il fixait la réserve globale. Cette solution était conforme à la finalité familiale de la réserve. En effet, la réserve était affectée à une parenté par la loi. Le partage de la réserve s’opérait ensuite par le jeu du partage *ab intestat*.

---

347 Cf. infra note 330.
Pourtant, cette solution n’était pas exempte d’inconvénients car l’on sait que le renonçant ne cumulait pas sa part de réserve et la quotité disponible. En outre, cela signifiait que le renonçant faisait nombre contre lui-même et que cela lui portait préjudice en augmentant la réserve\(^{349}\). Comme les renonçants et indignes étaient censés être étrangers à la succession et n’avoir jamais été héritiers, on pourrait penser qu’il ne faudrait pas en tenir compte puisque la réserve est une part de l’hérédité\(^{350}\). Enfin, le verbe « laisser » dans « enfant laissé au décès » est utilisé dans d’autres articles au sens « acceptant l’hérédité »\(^{351}\). Pour ces raisons, la doctrine était partagée quant à la pertinence de la solution de la Cour de cassation\(^{352}\).

Toutefois, la solution de la Cour de cassation offrait un avantage reconnu par la doctrine : elle facilitait les prévisions du *de cujus* en figeant la réserve\(^{353}\), même si cet argument pouvait apparaître peu pertinent puisqu’un enfant pouvait décéder avant le *de cujus*, modifiant ainsi le montant de la réserve. En outre, elle était conforme à la nature *pars hereditatis* de la réserve puisque la succession était laissée à la famille, collectivement.

La Cour de cassation retenait la même solution lorsqu’un réservataire était indigne\(^{354}\).

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

\(^{349}\) [BOISSONADE, op. cit., p. 686 § 722.]

\(^{350}\) En ce sens : JOSERAND L., *op. cit.*, § 1668.


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

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

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

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

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

---

354 Douai, 25 juin 1891, D., 1892, 2, 89, note PLANIOL M.
356 La Cour s’appuie également sur l’argument tiré de la minorité du testateur, argument qui n’intéresse pas notre thèse.
357 Req. 9 mai 1938, D. 1939.1.65 note PILON.
B – La réduction en nature, conséquence de la nature pars hereditatis de la réserve

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

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

---

359 Soit leurs héritiers, les cessionnaires de leurs droits successifs, leurs créanciers.
360 Cf. infra note 313.
361 Cette règle peut être écartée par le testateur qui peut déclarer que certains legs peuvent être acquittés par préférence aux autres.
362 Cette règle avait été affirmée par l’ordonnance de D’AUGUSSIEAU de 1731 reproduite à l’article 923 du Code civil de 1804. Ainsi, « il n’y aura jamais lieu à réduire les donations entre- vifs qu’après avoir épuisé la valeur de tous les biens compris dans les dispositions testamentaires; et lorsqu’il y aura lieu à cette réduction, elle se fera en commençant par la dernière donation, et ainsi de suite en remontant des dernières aux plus anciennes. »:
Le principe de la réduction en nature était d’ordre public car il assurait la protection de la famille et des héritiers réservataires. Le *de cuius* ne pouvait dispenser le donataire de restituer la donation réductible en nature.\(^{363}\) La réduction opérait résolution des droits consentis sur la chose aux tiers, qu’il s’agisse de droits réels ou personnels et ce, de manière rétroactive.

Lorsque les objets donnés n’étaient plus en possession du donataire, celui-ci devait en payer la valeur. S’il était insolvables et après avoir établi son insolvabilité par discussion préalable de ses biens, les réservataires pouvaient agir en revendication contre le tiers détenteur à titre gratuit ou onéreux des immeubles donnés.\(^{364}\)

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

Tout d’abord lorsque le bien avait été aliéné par le donataire, les réservataires ne pouvaient exiger la réduction en nature qu’à la double condition que le donataire soit insolvables et que le tiers acquéreur ne puisse offrir la valeur du bien\(^{365}\).

Ensuite, il existait une exception au profit de l’héritier donataire par préciput. Ce dernier était autorisé à retenir sur les biens donnés la valeur de la portion qui lui appartenait comme héritier dans les biens non disponibles, à condition que ces biens soient de même nature que ceux qu’il avait reçus\(^{366}\). L’héritier donataire par préciput d’un immeuble pouvait retenir l’immeuble en totalité, si le retranchement que sa donation devait subir ne pouvait s’opérer commodément en nature, et que la quotité dont le défunt pouvait disposer à son profit, excédait la moitié de la valeur de cet immeuble.

\(^{363}\) Civ. 29 octobre 1929, D. H. 1929, 554.

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

\(^{365}\) Conformément à l’article 930 du Code civil précité.

\(^{366}\) Conformément à l’article 924 du Code civil diposant « si la donation entre-vifs a été faite à l’un des successibles, il pourra retenir sur les biens donnés, la valeur de la portion qui lui appartiendrait, comme héritier, dans les biens non disponibles, s’ils sont de la même nature. »
95. **Conclusion** - Ainsi, le principe de la réduction en nature donnait lieu à une égalité parfaite des héritiers puisque ceux-ci devaient tous être allotis de biens successoraux. Cela permettait également de disperser les biens successoraux entre les héritiers réservataires en empêchant qu’un héritier puisse devenir, par le jeu de donation et de réduction en valeur, propriétaire de tous les biens de la succession.

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

§ II : La prohibition des mécanismes permettant d’avantage un héritier

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

A – La prohibition des substitutions fidéicommissaires

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

1 – Le principe de la prohibition des substitutions fidéicommissaires

117
98. **Principe** - Les rédacteurs du Code civil ont réhabilité la liberté de disposer mais ils ne souhaitaient pas pour autant permettre le retour des substitutions de l’ancien régime et des inégalités qu’elles engendraient. L’introduction des substitutions dans le Code civil a été âprement discutée lors des travaux préparatoires. Leurs inconvénients étaient bien connus : les multiples procès engagés par les puînés, le peu d’intérêt des grevés pour des biens pour lesquels ils n’avaient pas plus de droits que de simples usufruitiers et l’indisponibilité de ces biens face aux créanciers. Néanmoins, ils s’accordaient à y trouver quelques avantages : les substitutions pouvaient être utiles lorsqu’il s’agissait de soustraire des biens à un enfant dissipateur pour les transmettre à ses enfants\(^367\).

Finalement, il fut décidé malgré tout d’une prohibition générale à l’ancien article 896 du Code civil\(^368\). Les substitutions se caractérisaient par trois éléments : l’existence de deux libéralités successives, la charge de conserver et de transmettre imposée au premier gratifié en faveur d’un second gratifié et le report de l’exécution de la seconde libéralité au décès du gratifié\(^369\). Les rédacteurs ont refusé les substitutions même limitées à un seul degré puisqu’elles pouvaient être renouvelées de génération en génération devenant ainsi perpétuelles. La sanction était la nullité absolue, non seulement de la substitution mais également des libéralités en faveur du premier et du second gratifié.

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

---

\(^{367}\) FENET, *op. cit.*, tome XII, p. 287.

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

2– Les exceptions à la prohibition des substitutions fidéicommissaires

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

a- **Les substitutions fidéicommissaires permises par le Code civil**

**Les substitutions familiales** – Les rédacteurs du Code civil ont autorisé, par exception, certaines substitutions dans les anciens articles 1048, 1049 et 1050 du Code civil. Ces substitutions n’étaient permises que dans un cadre familial puisque ces exceptions avaient pour objet de protéger les biens d’une personne provenue qui risquait de dilapider l’héritage de son parent, déshéritant de fait ses enfants. Afin de conserver cette fortune, les père et mère pouvaient grever de substitution une libéralité au profit d’un ou plusieurs de leurs enfants à charge de conserver les biens donnés ou légués pour les rendre à leurs enfants nés ou à naître au premier degré. Il en était de même pour des frères et sœurs sans enfants au jure de leur décès au profit de

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

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

372 Selon l’article 1050 du Code civil de 1804 : « Les dispositions permises par les deux articles précédents ne seront valables qu’autant que la charge de restitution sera au profit de tous les enfants nés et à naître du grevé, sans exception ni préférence d’âge ou de sexe. »
leurs frères et sœurs\(^{373}\). Cette exception n’avait pas pour but de concentrer les biens dans la famille comme dans l’ancien droit, mais au contraire de les disperser de manière égalitaire dans la famille puisque la charge de conserver et rendre ne pouvait être établie qu’en faveur de tous les enfants nés ou à naître légitimes du grevé de manière égale conformément à l’ancien article 1050 du Code civil\(^{374}\). La substitution était nulle si elle écartait un des enfants, ceci afin de ne pas rétablir les anciennes substitutions en faveur de l’aîné mâle. Cette charge ne pouvait grever la réserve\(^{375}\) et était nécessairement simple ; il ne pouvait y avoir deux fidéicommis successifs.

100. **Mesures protectrices des appelés** – Outre les conditions strictes tenant aux acteurs de la substitution, un luxe de précautions en faveur des appelés entourait la substitution. Tout d’abord, il était nécessaire de nommer un tuteur à la substitution chargé de surveiller l’exécution de la substitution et des formalités auxquelles elle donnait lieu et ce, même si les appelés étaient majeurs ou soumis à un régime de protection. À défaut de nomination d’un tuteur, la déchéance de la substitution pouvait être prononcée par le tribunal\(^{376}\).

Ensuite, il était nécessaire de procéder à un inventaire en présence du tuteur\(^{377}\). Lorsque la substitution comprenait des meubles, ceux-ci devaient être vendus en raison de la diminution de leur valeur dans le temps\(^{378}\). Toutefois, il existait deux exceptions : lorsque les meubles étaient immeubles par destination\(^{379}\) ou lorsque le

---

\(^{373}\) Aubry C. et Rau C., *op. cit.*, t. VII, 4\(^{e}\) éd., 18, p. 36 § 696.

\(^{374}\) Toutefois, la loi admet la représentation conformément à l’article 1051 du Code civil.

\(^{375}\) Paris, 4 mai 1899, D. 1900.2.403.

\(^{376}\) Planiol M., Ripert G., *Traité élémentaire de Droit civil*, tome 3\(^{e}\), *Les régimes matrimoniaux, les successions, les donations et testaments*, 11\(^{e}\) édition, p. 959 et suiv., § 3307 et suiv.

\(^{377}\) Article 1059 du Code civil.

\(^{378}\) Article 1062 du Code civil.

\(^{379}\) Article 1064 du Code civil.
grevé était autorisé à les conserver à condition de les rendre en nature\textsuperscript{380}. Si la substitution comprenait des fonds, il devait en être fait emploi en les plaçant\textsuperscript{381}.

Enfin, la substitution devait faire l’objet d’une publicité\textsuperscript{382}. A défaut, celle-ci n’était pas opposable aux tiers.

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

Avant l’ouverture de la substitution, les appelés pouvaient faire tous les actes conservatoires sur les biens grevés. Ils pouvaient également céder leurs droits sur les biens grevés\textsuperscript{383}.

La lourdeur des formalités entourant la substitution et l’interdiction de grever la réserve du grevé\textsuperscript{384} ont découragé l’emploi des substitutions fidéicommisaires.

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

\textsuperscript{380} Article 1063 du Code civil.

\textsuperscript{381} Article 1065 à 1067 du Code civil.

\textsuperscript{382} Article 1069 du Code civil.

\textsuperscript{383} Cass. Civ. 5 juin 1918, Gaz. Palais, 1918-1919.1.322 ; Cass. Civ. 10 juin 1918, D. 1919.1.90, S. 1922.1.25, obs. NAQUIT.

\textsuperscript{384} Ainsi, la substitution n’était réellement utile qu’en présence d’un ou deux enfants puisqu’au-delà, si les parents souhaitaient conserver l’égalité entre leurs enfants, ils ne pouvaient grever qu’une quote-part de la quotité disponible et par conséquent une part dérisoire de leur succession. Par exemple, un père ayant trois enfants dont un très dépensier, s’il ne souhaitait pas rompre l’égalité entre ses enfants, ne pouvait grever qu’un tiers de la quotité disponible d’un quart soit 1/12 de sa succession. Si cette succession était de 100000 francs, le fils prodigue aurait reçu 25000 francs libres de charge et 8333 francs grevés de substitution.
loi en maintenant toutefois la substitution au profit des appelés déjà nés ou conçus. On en revint alors aux substitutions du Code civil.

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

*b* – Les substitutions fidéicommissaires permises par décret : les majorats

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

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

---

387 FRAIN DE LA GAULAYRIE P., *ibidem*, p. 27.
Fut ainsi ajouté à l’ancien article 896, un second alinéa disposant : « Néanmoins, les biens libres formant la dotation d’un titre héréditaire, que l’Empereur aurait érigé en faveur d’un prince ou d’un chef de famille, pourront être transmis héréditairement, ainsi qu’il est réglé par l’acte du 30 mars 1806 et par celui du 14 août suivant. »

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

Le majorat de propre mouvement fut créé par l’Empereur avec des biens domaniaux. Le majorat sur demande fut fondé par des particuliers duc, comte ou baron, avec leurs propres biens et après autorisation de l’Empereur. L’Empereur pouvait également instituer un majorat sur demande par lettre patente au profit d’une personne non-titrée qui lui en faisait la demande. Le majorat ne pouvait être créé qu’avec la quotité disponible et la part de réserve de l’aîné, selon l’article 5 du sénatus-consulte de 1808. Le majorat ne pouvait par conséquent porter atteinte à la réserve des autres descendants.

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

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

---

388 FRAIN DE LA GAULAYRIE P., _op. cit._, p. 33.
390 AUBRY C. et RAU C., _op. cit._, t. XI, p. 248-249.
perpétuelles puisqu’ils se transmettaient aux générations successives jusqu’à complète extinction de la descendance masculine. Lorsque les biens avaient été transmis à l’aîné mâle, grevé en faveur de son aîné, les puînés ne pouvaient prétendre à leur réserve sur les biens substitués, même lorsqu’il n’y avait aucun autre bien dans la succession.

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

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

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

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

B– La prohibition des pactes sur succession future
106. **Plan** - L’ordre public imposa la prohibition des pactes sur succession future. Cette règle était indiquée aux anciens articles 791\(^{392}\), 1130 alinéa 2\(^{393}\), 1389\(^{394}\), 1600\(^{395}\) et 1837\(^{396}\). Les rédacteurs ont repris la prohibition de l’ancien droit héritée du droit romain en prohibant également les pactes sur la succession d’un tiers déterminé avec le consentement de ce tiers, considérant que ce pacte était contraire aux bonnes mœurs et à l’ordre public\(^ {397}\), alors qu’ils étaient autorisés par le droit romain. Cette prohibition était générale et touchait toute stipulation.

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

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

\(^{391}\) AUBRY C. et RAU C., op. cit., t. XI, p. 248-249.

\(^{392}\) « On ne peut, même par contrat de mariage, renoncer à la succession d’un homme vivant, ni aliéner les droits éventuels qu’on peut avoir à cette succession. »

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

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

\(^{395}\) « On ne peut vendre la succession d’une personne vivante, même de son consentement. »

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


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

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

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

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

Enfin, la convention devait modifier le jeu des règles successoriales ab intestat comme la composition des lots ou le quantum des droits.

La sanction de la prohibition était la nullité absolue.

---

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

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


110. L’institution contractuelle ou donation de biens à venir\textsuperscript{402} était la dévolution de sa succession, d’une quote-part ou de biens déterminés de sa succession, par contrat.

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

La donation de biens à venir pouvait être faite par l’un des parents dans le contrat de mariage d’un enfant, au profit des futurs époux et de leurs enfants à naître. Elle pouvait également être faite par un des futurs époux à l’autre futur époux\textsuperscript{403}.

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

\textsuperscript{402} Nous avons déjà étudié cette institution dans l’ancien droit, infra n° 35.
\textsuperscript{403} Néanmoins, conformément aux règles des donations entre époux, cette donation de biens à venir était révocable \textit{ad nutum}.
des époux, d’un tiers ou des époux eux-mêmes. Il fallait néanmoins que cette personne ait la capacité de faire une donation.

Dans le contrat de mariage, l’institution pouvait être faite à l’un des époux, les deux mais aussi aux enfants à naître du mariage. Afin de permettre aux enfants de bénéficier de l’institution contractuelle dans le cas où les parents décéderaient avant l’instituant, les rédacteurs du Code civil avaient posé une présomption à l’ancien article 1082 alinéa 2 du Code civil selon laquelle l’institution contractuelle « sera toujours, dans ledit cas de survie du donataire, présumée faite au profit des enfants et descendants à naître du mariage. » Cette présomption simple pouvait être écartée par le donateur. Elle avait pour fondement l’idée que cette institution avait pour but de transmettre un patrimoine à la famille toute entière.

Mais l’ancien article 1082 n’autorisait l’institution qu’au profit de tous les enfants à naître, sans exception. L’institution au profit d’un seul était nulle empêchant ainsi le retour des inégalités.

Seuls les époux pouvaient se gratifier d’une institution contractuelle en dehors d’un contrat de mariage.

112. **Effets durant la vie de l’instituant** - Pendant la vie de l’instituant, les effets de l’institution se situaient entre la donation et le legs. Comme le legs, l’institution pouvait être universelle, à titre universel ou à titre particulier. L’instituant demeurerait le propriétaire des biens contenus dans l’institution,
jusqu’à son décès. Il pouvait par conséquent les aliéner à titre onéreux. Renoncer à cette faculté avait été qualifié de pacte sur succession future et prohibé. L’institué n’avait ainsi qu’un droit éventuel sur ces biens.

Par son irrévocabilité, l’institution se rapprochait de la donation. Incluse dans le contrat de mariage, elle était irrévocable tout comme le contrat de mariage.

113. **Les effets de l’institution contractuelle après le décès de l’instituant** étaient les suivants. L’institution contractuelle conférait à l’institué le titre de successible aux biens compris dans l’institution, irrévocablement, à condition qu’ils n’aient pas été aliénés à titre onéreux. L’institué avait, au décès, la même option que le légataire selon l’objet de son legs. Il était traité comme un légataire quant à la saisine, l’obligation de payer les dettes de la succession et quant aux règles du partage. En revanche, on appliquait les règles de la donation quant au rapport et à la réduction.

L’autre exception à la prohibition des pactes sur succession future était le partage d’ascendant.

114. **Le partage d’ascendant** - Le partage d’ascendant était l’acte par lequel l’ascendant partageait lui-même sa succession entre ses descendants en composant à sa guise les lots de chacun.

---

408 Civ. 5 juillet 1928, D. 1929.1.43.
409 A l’exception des institutions contractuelles faites entre époux et révocables *ad nutum*.
410 Il s’agit de l’acceptation simple ou sous bénéfice d’inventaire et de la renonciation si l’institution est universelle ou à titre universel et de l’acceptation ou de la renonciation si l’institution porte sur un bien particulier.
411 Cette définition est celle de PLANIOL et RIPERT, *op. cit.*, § 3349.

Le partage d’ascendant était régis par les anciens articles 1076 à 1080 du Code civil de 1804.

115. Conditions - Le partage d’ascendant devait obéir à plusieurs conditions pour être valide.

Tout d’abord, il ne pouvait être fait que par les père, mère et autres ascendants au profit de leurs enfants ou descendants

Il pouvait être fait par donation-partage. Il fallait par conséquent respecter les formes des donations entre vifs et rédiger un acte notarié.

Ensuite, le partage d’ascendant devait être fait au profit de tous les enfants du disposant, héritiers présomptifs. Si un seul était omis, il était nul.

Puis, le partage d’ascendant ne pouvait porter que sur les biens appartenant à l’ascendant donateur et dont il avait la libre disposition.

Enfin, l’ascendant devait procéder lui-même au partage des lots.

---

412 Conformément à l’article 1085 du Code civil.
413 Le partage d’ascendant peut également être fait par testament mais seule la donation-partage nous intéressera puisque le testament-partage ne répond pas à la définition d’un pacte sur succession future.
415 Ainsi la femme par exemple, ne peut inclure des biens communs dans le partage qu’elle fait seule puisqu’elle n’a aucun droit de disposition sur les biens de la communauté.
116. **Effets** - Dans les rapports entre l’ascendant et les descendants, le partage d’ascendant transmettait actuellement et irrévocablement aux descendants la propriété des biens compris dans leur lot.

Dans les rapports entre les descendants entre eux, les effets étaient les mêmes qu’un partage ordinaire.

Enfin, le partage d’ascendant était une libéralité et à ce titre, il était soumis aux règles qui gouvernaient les donations ordinaires.

117. **Conclusion de section** – Lors de la rédaction du Code civil, les rédacteurs ont dû procéder à un compromis entre l’ancienne législation coutumièr e des pays de coutumes, l’ancien droit écrit des pays de droit écrit et les apports de la Révolution. Ils ont choisi de conserver une réserve héréditaire forte dont le fondement ne serait pas la conservation des biens dans la famille mais la promotion de l’égalité entre héritiers réservataires. A cette fin, la réserve a été introduite dans le Code avec une nature *pars hereditatis* entraînant une réduction en nature.

Afin de favoriser l’égalité, ils ont également supprimé toute possibilité de rompre l’égalité entre héritiers réservataires par un pacte sur succession future en les prohibant strictement. Les seules exceptions permises étaient bornées par l’égalité.

118. **Conclusion du chapitre** – La Révolution a choisi de balayer les inégalités engendrées par la concentration des biens dans les mains du fils aîné sur le fondement de l’égalité. Toutefois, les idéaux révolutionnaires ont rapidement laissé place à une égalité pondérée dans la réserve héréditaire empêchant les inégalités trop criantes mais laissant une place à la libre disposition du *de cujus*.

Cette égalité pondérée a été reprise par les rédacteurs du Code civil. Ils l’ont mise en œuvre au moyen de la réserve héréditaire *pars hereditatis* comme la légitime coutumière du droit coutumier. Cela permet à la réserve d’être un vecteur d’égalité entre les héritiers réservataires tout en divisant les biens successoraux entre les héritiers empêchant ainsi le retour aux grandes fortunes trop puissantes.

119. Transition – Les excès de l’ancien régime ont conduit les rédacteurs à l’excès inverse en imposant une égalité stricte entre les réservataires. Aujourd’hui, ces excès paraissent lointains. La réserve et la prohibition des substitutions et des pactes sur succession future apparaissent, à l’inverse, être un obstacle trop important à la transmission des biens.

Chapitre II – Le déclin des principes égalitaires au service de la volonté individuelle en droit contemporain

120. Plan - Le Code civil imposait l’égalité dans la réserve héréditaire dans le but de diviser les biens des grandes familles et d’affaiblir leur puissance politique. Aujourd’hui, les menaces des familles puissantes et de la concentration des biens dans les mains d’un seul enfant paraissent survenues. À l’inverse, le législateur contemporain souhaite donner du poids à la liberté de disposer de ses biens. La réserve serait un frein liberticide pour plusieurs raisons : tout d’abord, l’allongement de la durée de la vie fait que les enfants reçoivent la succession de leurs parents à un âge avancé, soit à un moment où il n’en ont plus besoin pour s’établir dans la vie. En outre, les recompositions familiales, plus fréquentes qu’auparavant, nécessitent plus de souplesse afin que le de cujus puisse organiser la succession. Enfin, 7000 entreprises disparaissent chaque année suite au décès du chef d’entreprise

417 DE RICHEMONT H., Rapport Sénat n° 343, p. 23.
alors qu’entre 2006 et 2016, 450 000 entreprises devaient être transmises\textsuperscript{418}. Toutefois, le législateur n’a pas souhaité supprimer la réserve car elle conserve une utilité. Il a préféré favoriser l’anticipation de la succession. C’est la raison pour laquelle, par la loi du 23 juin 2006, le législateur a considérablement modifié le droit successoral en faisant renaître les pactes successoraux. Désormais, le de cujus peut priver ses héritiers de la gestion de la réserve héréditaire par un mandat à effet posthume (Section I). Le législateur ressuscite également les substitutions fidéicommissaires (Section II) ainsi que les pactes de renonciation anticipée (Section III).

Section I – Le mandat à effet posthume : la liberté de confier la gestion de la succession à un tiers

121. Présentation - La loi du 23 juin 2006 avait comme but de favoriser l’anticipation de la succession. Dans cette optique, elle a créé le mandat à effet posthume lequel permet au de cujus de confier à une ou plusieurs personnes physiques ou morales, un mandat d’administrer ou de gérer tout ou partie de sa succession pour le compte et dans l’intérêt d’un ou plusieurs héritiers. Ce mandat répond au besoin de liberté du de cujus : celle de décider qu’un tiers gérera sa succession, réserve incluse, pour le compte de ses héritiers. Le mandat à effet posthume renverse ainsi la solution classique selon laquelle la réserve doit parvenir à son titulaire « exempt de toute charge limitant la liberté de disposer\textsuperscript{419} ».

Toutefois, l’examen de cette institution révèle que cette liberté a été bornée par l’intérêt des héritiers par des conditions strictes (§ I). Néanmoins, lorsque les conditions sont remplies, les effets du mandat sont très étendus privant largement les héritiers de leurs droits sur la réserve héréditaire (§ II).

\textsuperscript{418} DE RICHEMONT H., Rapport Sénat n° 343, p. 23.
§ 1 – Une liberté bornée, dans l’intérêt des héritiers, par les conditions du mandat

122. **Plan** - Le mandat à effet posthume est limité par les conditions du mandat (A) et celles tenant au mandataire (B).

A – Une liberté strictement encadrée par des conditions de fond et de forme protectrices des héritiers

Les conditions de fond et de forme du mandat ont été pensées dans un but de protection des héritiers. Ainsi, le mandat à effet posthume doit obéir à des conditions précises tenant tant aux héritiers (1) qu’au mandat (2)

1 – Les conditions tenant aux héritiers

123. **Les héritiers soumis au mandat** – Les héritiers pouvant être soumis au mandat à effet posthume peuvent être les héritiers *ab intestat* mais également les légataires universels, à titre universel ou particulier. Dans une indivision, le mandat peut ne concerner que certains indivisaires. Dans ce cas, le mandat s’exercera sur leur quote-part indivise.

Selon certains auteurs, les héritiers soumis au mandat doivent être identifiés dans celui-ci afin que l’intérêt sérieux et légitime puisse être contrôlé et assuré[^420], ce qui

écarte la possibilité de contracter un mandat à effet posthume en faveur des héritiers à venir. D’autres auteurs souhaitent n’appliquer le mandat qu’aux héritiers identifiables ou subséquents en présence d’une libéralité substitutive\textsuperscript{421}. Pourtant, restreindre la validité du mandat en obligeant que tous les héritiers soient identifiés paraît peu opportun. La vérification de l’intérêt sérieux et légitime permet de contrôler les abus et cet intérêt doit être vérifié au moment de la prise d’effet du mandat soit au décès du mandant. Ainsi, il paraît souhaitable de permettre au de cujus d’inclure dans le mandat tous les héritiers présents au décès mais également ceux à venir notamment lorsque l’intérêt sérieux et légitime tient aux biens successoraux ou à la minorité des héritiers.

124. **Combinaison du mandat à effet posthume et du droit des majeurs protégés** - Le mandat à effet posthume prime le droit des incapacités sauf lorsque l’intérêt sérieux et légitime du mandat à effet posthume tient à l’incapacité de l’héritier. Toutefois, dans ce cas, le de cujus peut dessaisir le représentant de l’incapable en motivant les raisons pour lesquelles celui-ci ne serait pas compétent pour gérer les biens successoraux\textsuperscript{422}. Dans ce cas, les deux missions se combinent puisque le mandataire gère les biens successoraux et le représentant de l’incapable surveille la mission du mandataire.

Alors que les conditions tenant aux héritiers sont larges, les conditions tenant au mandat sont strictement encadrées.

2 –Conditions tenant au mandat


125. **Plan** - L’intérêt des héritiers irradiie le mandat à effet posthume, montrant ainsi qu’il a une vocation protectrice et non « castratrice » des héritiers. En effet, le recours au mandat doit être justifié par un intérêt sérieux et légitime afin d’éviter que le de cujus ne puisse gouverner depuis sa tombe. En outre, l’administration et la gestion du mandataire doivent être faites dans l’intérêt des héritiers. Enfin, le mandat ne peut qu’être à durée limitée.

126. **Un intérêt légitime et sérieux** - Afin de limiter le recours au mandat à effet posthume, ce dernier doit être justifié par un « intérêt légitime et sérieux au regard de la personne de l’héritier ou du patrimoine successoral. » En effet, le mandat à effet posthume déroge à la saisine et à l’ordre public successoral. Le recours à cet instrument doit être justifié par un intérêt supérieur. Cet intérêt peut tenir à différents éléments.

Tout d’abord, l’intérêt légitime et sérieux peut porter sur l’héritier. Ainsi, il peut être justifié par l’âge de celui-ci, sa minorité, son inaptitude, sa prodigalité, l’impossibilité de gérer les biens en raison de son éloignement géographique ou d’un handicap. Il peut également porter sur la cohérence lorsque les héritiers ne s’entendent pas, sont en conflit d’intérêts ou encore sont trop nombreux pour réussir à s’accorder.

L’intérêt peut tenir au patrimoine successoral lorsqu’il est trop complexe au regard des compétences des héritiers ou s’il comporte des biens dont la gestion nécessite des compétences particulières. La simple présence d’une entreprise ne peut constituer cet intérêt sérieux et légitime même si le mandat à effet posthume a été pensé dans l’intérêt des entreprises. Il paraît indispensable qu’outre la présence d’une entreprise, l’héritier ne soit pas apte à la gérer par inaptitude, inexpérience,

---

423 Article 812-1-1 du Code civil.
éloignement, etc... Lorsque l'intérêt légitime et sérieux porte sur une société, il ne s'agit pas de l'intérêt social de la société mais de l'intérêt de l'entreprise.\footnote{Voir cet arrêt dans lequel l'intérêt d'une société anonyme pour une clause d'inaliénabilité avait été de conforter l'intuitu personae : Cass. 1er Civ. 31 oct. 2007.}

Il suffit d'un élément pour fonder l'intérêt légitime et sérieux.


On peut penser que la cause sera contrôlée in concreto. Elle ne devrait pas se limiter à l’examen du but poursuivi mais également vérifier l’adéquation de la fin et des moyens mis en œuvre pour la satisfaire c’est-à-dire que l’engagement contracté, le mandat à effet posthume, soit une réponse adéquate à ce but.\footnote{WICKER G., Juris-Classeur Notarial Répertoire, V° SUCCESSIONS – Mandats successoraux – Le mandat à effet posthume, 2014, § 39 ; TERRÉ F., LEQUETTE Y., GAUDEMET S., Les successions, les libéralités, 4e éd. Dalloz, 2013, p. 782, § 871.} Ainsi cela signifie que le mandat à effet posthume doit résoudre une difficulté clairement identifiée mais également que le mandat à effet posthume est à même de résoudre cette difficulté de manière proportionnée à celle-ci. L’intérêt sérieux et légitime ne peut donc provenir que de contraintes concrètes de la gestion du patrimoine successoral rapportées à la situation particulière d’un ou plusieurs héritiers. En outre, il serait
nécessaire d’expliquer en quoi l’héritier ne serait pas en mesure de gérer le patrimoine.  

Le Code civil précise que l’intérêt sérieux et légitime doit être motivé précisément dans l’acte. Ainsi, cette condition de forme devient également condition de fond. On peut ainsi penser qu’en cas de contestation, le juge se fondera sur la motivation de l’intérêt légitime et sérieux exprimé dans l’acte de mandat à effet posthume sans examiner d’éléments extérieurs à l’acte ; la motivation devra faire l’objet d’un soin particulier par le notaire. En effet, à défaut d’intérêt sérieux et légitime motivé dans l’acte, la sanction est la nullité en raison de l’illicéité de la cause même si l’alinéa 3 de l’article 812-4 parle, à tort, de révocation judiciaire. Toutefois cette nullité n’est que relative puisqu’il s’agit d’une atteinte portée à l’intérêt particulier de l’héritier.

127. **Précision jurisprudentielle sur l’intérêt sérieux et légitime** - Un arrêt rendu par la Cour de cassation le 15 juin 2015 précise la portée de cet intérêt légitime et sérieux. Dans cette espèce, le *de cujus* avait désigné un mandataire à effet posthume pour gérer une société dépendant de sa succession et dévolue à son fils mineur. Il avait également privé la mère de son fils de l’administration légale et la jouissance légale sur ses biens. Après le décès, celle-ci a demandé la révocation du mandat à effet posthume. Sa demande a été accueillie par la cour d’appel aux motifs suivants : tout

---

431 *Contrairement à la clause d’inaliénabilité pour laquelle il ne s’agit que d’une condition de fond.*
d’abord, il n’était pas démontré, par des éléments objectifs que le mandat permettait de résoudre une difficulté objective liée à la gestion de la société par la mère ou à la préservation des sociétés. Ainsi, le mandat ne justifiait pas en quoi la mère n’était pas apte à gérer la société. Il ne justifiait pas non plus en quoi le mandataire, titulaire d’un doctorat en communication était plus apte qu’elle alors qu’il n’était pas particulièrement qualifié dans la gestion de sociétés. Enfin, le mandat privait l’héritier de sa réserve libre de charge.

La Cour de cassation casse l’arrêt d’appel au motif que la cour d’appel a violé l’article 812-4 pour trois raisons : en ajoutant une condition à la loi, en inversant la charge de la preuve et enfin en se déterminant par des motifs impropres à caractériser l’absence ou la disparition de l’intérêt sérieux et légitime du mandat à effet posthume.

Tout d’abord, la cour d’appel a ajouté une condition à la loi. En effet, la Cour d’appel exige que, pour qualifier l’intérêt sérieux et légitime, il soit démontré la compétence du mandataire. Or, l’article 812-4 précise que l’intérêt légitime et sérieux s’apprécie quant à la personne de l’héritier ou du patrimoine successoral. La loi n’ajoute pas la condition de devoir justifier de la qualification du mandataire, pour révoquer le mandat au motif de l’absence d’intérêt sérieux et légitime.

En outre, la cour d’appel a renversé la charge de la preuve de l’intérêt sérieux et légitime en s’appuyant sur des documents versés par le mandataire pour appuyer sa qualification. Or, c’était à la représentante légale de l’héritier, laquelle arguait que le mandataire n’était pas qualiifié pour gérer la société, de rapporter la preuve de ce manque de qualification.

Enfin, la cour d’appel s’est déterminée au moyen de motifs impropres pour ordonner la révocation pour deux raisons. Tout d’abord, elle déclare que l’intérêt légitime et sérieux devait aussi s’apprécier quant à l’inaptitude de la représentante légale de l’héritier mineur. Or, seule l’inaptitude de l’enfant, du fait de sa minorité, suffisait à

---

434 La motivation du mandat était la suivante : « l’importance et la spécificité de ladite société, ainsi que le déploiement des activités de « Groupe Résevoir » impliquent impérativement une gestion quotidienne par une personne spécialisée disposant du temps et des moyens nécessaires à l’accomplissement de cette tâche. M. F... X..., fils unique du mandant né à Neuilly-sur-Seine (Hauts-de-Seine) le 21 octobre 2006, ne pourra exercer cette gestion compte tenu de sa minorité, par suite, et afin d’organiser la gestion de ce bien s’il venait décéder et ainsi de protéger les intérêts de son héritier, le mandant entend utiliser les dispositions contenues dans les articles 812 et suivants du Code civil. »
fonder l’intérêt sérieux et légitime. Ensuite, l’argument de la privation de la réserve libre de charge était impropre pour ordonner la révocation puisque le mandat à effet posthume constitue une exception à la réserve libre de charge.

Cet arrêt démontre que la justification de l’intérêt sérieux et légitime n’est pas un obstacle à la liberté du défunt de confier la gestion de la société à un tiers. Il suffit, en effet, qu’une condition d’inaptitude soit remplie pour fonder le mandat. Ainsi, seule la minorité peut justifier le recours au mandat à effet posthume, quelle que soit la consistance du patrimoine.

128. **Un mandat dans l’intérêt exclusif des héritiers** - Le mandat à effet posthume a été conçu dans l’intérêt exclusif des héritiers puisque l’article 812 du Code civil précise que le mandataire doit agir dans l’intérêt de l’héritier. Ainsi, la gestion de l’entreprise doit être conforme à l’intérêt de l’héritier et pas à celle de l’entreprise. L’intérêt de l’héritier, dans le cas d’une entreprise, justifie une gestion prudente et une distribution des dividendes en fonction des besoins des héritiers en priorité. Toutefois, selon certains auteurs, la loi consacrerait l’intérêt supérieur de l’entreprise : la prévalence de sa pérennité et de sa continuation primerait les intérêts particuliers des héritiers. Mais cet avis ne peut être consacré puisque la loi précise bien que le mandataire doit administrer et gérer la succession « dans l’intérêt d’un ou plusieurs héritiers ». En outre, cette conception consacrerait une atteinte trop importante à la réserve. La réserve étant dans l’intérêt des héritiers, la privation de la jouissance ne peut qu’être dans ce même intérêt.

---


129. **Une durée limitée** – En raison de l’atteinte aux droits des héritiers réservataires, l’article 812-1-1 précise que le mandat ne peut excéder deux ans. Toutefois, cette durée est prorogable une ou plusieurs fois par décision du juge saisi par un héritier ou le mandataire.

Par exception, sa durée peut être fixée à cinq ans, prorogable dans les mêmes conditions, en raison de l’inaptitude, de l’âge du ou des héritiers ou de la nécessité de gérer des biens professionnels.

Ainsi, le mandat a une durée déterminée même s’il peut être prorogé autant de fois que nécessaire lorsque l’intérêt légitime et sérieux est toujours présent. Même si la durée de cinq ans est l’exception, on peut se demander si elle ne va pas devenir la norme puisque les cas cités recouvrent l’intérêt légitime et sérieux au regard de l’héritier ou du patrimoine à gérer.

Le mandat prend fin à l’arrivée du terme prévu ou par la révocation judiciaire prononcée à la demande d’un héritier ou de son représentant lorsque l’intérêt légitime et sérieux a disparu ou lorsque le bien, objet du mandat, est aliéné par les héritiers.

Enfin, la loi encadre strictement le choix du mandataire et sa rémunération.

B – une liberté limitée par les conditions tenant au mandataire

130. **Plan** - Le choix du mandataire par le défunt doit se faire dans le respect de l’intérêt sérieux et légitime du mandat même si le choix du mandataire ne peut justifier la révocation du mandat. La rémunération de

---


ce mandataire est l’exception et peut être limitée. Les pouvoirs alloués au mandataire posthume sont définis strictement par la loi : celui-ci peut administrer et gérer les biens successoraux, objets du mandat. Une difficulté subsiste toutefois pour les actes de disposition.

131. **Un mandataire qualifié** - Le *de cujus* peut choisir un ou plusieurs mandataires, personnes physiques ou morales. Il peut désigner un tiers ou un héritier. Ainsi, cela lui permet de désigner l’héritier qui lui paraît le plus apte à gérer la succession ou encore un tiers professionnel spécialisé dans la gestion des biens faisant partie de la succession. La grande liberté dans le choix du mandataire permet de choisir la ou les personnes les plus aptes à pérenniser les biens successoraux. Il est donc possible de prévoir une pluralité de mandataires et une collégialité des décisions afin de protéger les héritiers d’une mauvaise gestion.\(^{439}\)

Contrairement au mandat de droit commun, le mandataire posthume doit jouer de la pleine capacité civile\(^{440}\) et ne pas faire l’objet d’une mesure de protection en raison d’une altération de ses facultés personnelles. En effet, le mandat à effet posthume n’emporte pas représentation des héritiers mais engage directement le mandataire à l’égard des tiers.\(^{441}\)

Lorsque le mandat comporte des biens professionnels, le mandataire doit avoir la capacité juridique de les gérer. Ainsi, il ne doit pas être frappé d’une interdiction de gérer de droit commun ou en raison d’une interdiction ou d’une incompatibilité légale.\(^{442}\)


\(^{440}\) Soit être majeur ou mineur émancipé


\(^{442}\) Par exemple, il est interdit à un notaire d’effectuer des actes de commerce. Un notaire ne pourrait être nommé mandataire posthume d’une entreprise commerciale.
Enfin, le mandat doit être accepté par le mandataire avant le décès du mandant afin que le mandat puisse s’exécuter dès le décès. Le mandataire et le mandant peuvent à tout moment renoncer au mandat en notifiant leur décision à l’autre partie.\(^\text{443}\)

132. Une rémunération exceptionnelle - Afin de protéger les biens successoraux et les héritiers, la rémunération du mandataire est l’exception et le législateur a pensé le mandat à effet posthume comme un acte gratuit. Bien que la rémunération apparaisse comme l’exception, il paraît évident qu’un professionnel réclamera une rémunération contre le travail fourni. Une rémunération du mandataire peut être prévue mais alors, elle doit l’être expressément, dans le mandat, tout comme son montant. Lorsque le mandat fixe une rémunération, le législateur a souhaité qu’elle soit prélevée sur fruits et revenus résultant de la gestion ou de l’administration des biens\(^\text{444}\) afin de ne pas entamer le capital et d’éviter que la rémunération soit une charge pesant sur les héritiers. Toutefois, pour que ce type de rémunération soit possible, il faut que les biens soient frugifères ce qui n’est pas toujours le cas. Cette rémunération prévue peut être forfaitaire ou proportionnelle\(^\text{445}\). Si une rémunération forfaitaire est prévue et que l’exploitation ou l’universalité gérée par le mandataire n’est pas bénéficiaire et ne dégage ni fruit, ni revenu, selon certains auteurs, le mandataire ne peut pas agir contre les héritiers pour obtenir la rémunération forfaitaire prévue\(^\text{446}\). Toutefois, cet avis ne paraît pas conforme à la loi puisque l’article 812-2 dispose que si les fruits et revenus sont absents ou insuffisants, la rémunération peut être complétée par un capital ou prendre la forme d’un capital. En outre, permettre au mandataire d’être rémunéré même en l’absence de fruit ou revenu permet de protéger les héritiers. En effet, si le mandataire est un professionnel, grand

\(^{443}\) Article 812-1-1 du Code civil.

\(^{444}\) Article 812-2 al. 2 du Code civil.


 serait le risque que le mandataire révoque le mandat laissant ainsi les héritiers incapables de gérer par eux-mêmes les biens successoraux.

La rémunération peut également être prévue en capital mais le législateur a voulu que ce soit exceptionnel447 puisqu’il ne permet qu’elle n’intervienne que dans le cas où les fruits et revenus sont insuffisants ou absents. Ce capital doit alors être prélevé sur les forces de la succession448.

133. **La rémunération, charge contre la succession** - La rémunération du mandataire a été curieusement qualifiée de charge pesant sur la succession. Cette qualification de charge de la succession par le législateur paraît exacte au premier abord. C’est effectivement une dette qui, sans avoir pesé sur le de cujus est une suite directe de sa mort449. Mais les charges sont un passif qui pèse sur tous les héritiers. Or, si le mandat n’est qu’en faveur d’un héritier, cette qualification paraît inexacte puisqu’elle aurait pour effet de faire peser la rémunération sur tous les héritiers. Il paraît injuste de faire peser la rémunération d’un mandataire qui ne gère qu’une partie des biens successoraux sur toute la succession.

Cette qualification aurait été retenue par le législateur pour qu’elle ne soit pas assimilée à une libéralité.

Cette rémunération pose des difficultés liquidatives. Tout d’abord, en cas d’acceptation à concurrence de l’actif net, le mandataire devrait déclarer sa créance dans les 15 mois de l’ouverture de la succession450, les créanciers étant payés en fonction de la date de la déclaration à la succession. Or, le montant de la créance du

\[\text{\footnotesize 447 HUYGUES S., Rapport AN n° 2850, p. 177.}\]
\[\text{\footnotesize 449 GRIMALDI M., « Le mandat à effet posthume », Defrénois 2007, n° 1, p. 3.}\]
\[\text{\footnotesize 450 Conformément à l’article 792 alinéa 1.}\]
mandataire ne peut être connu qu’à l’issue du mandat\textsuperscript{451}. La difficulté est identique lorsque les héritiers souhaitent procéder au partage avant l’expiration du mandat\textsuperscript{452}.

Lorsqu’une rémunération excessive est prévue, les héritiers peuvent demander la révision judiciaire de la charge et/ou la réduire pour atteinte à la réserve\textsuperscript{453}.

134. La réduction pour atteinte à la réserve de la rémunération du mandataire - Alors que le législateur a écarté la qualification de libéralité pour la rémunération du mandataire posthume, il a voulu qu’elle soit soumise aux règles de la réduction pour atteinte à la réserve comme les libéralités. Ainsi, lorsque la charge a pour effet de priver les héritiers de tout ou partie de leur réserve, elle ouvre droit à réduction conformément à l’article 812-3 du Code civil. Par conséquent, si la rémunération est en capital, alors ce capital s’impute sur la quotité disponible au jour de l’ouverture de la succession puisque c’est à cette date que le mandat à effet posthume acquiert force obligatoire\textsuperscript{454}. Si le capital excède le disponible alors il y aura réduction. Certains auteurs proposent de traiter la rémunération comme un legs pour vérifier l’atteinte à la réserve\textsuperscript{455}. Toutefois, une difficulté se pose : le calcul de la réduction se faisant au moment de l’ouverture de la succession\textsuperscript{456}, comment imputer une charge au décès alors qu’on ne connaît pas la durée du mandat et la rémunération totale ? Lorsque la rémunération est en fruits et revenus, ces difficultés s’accroissent.

\textsuperscript{451} GRIMALDI M., « Le mandat à effet posthume », Defrénois 2007, n° 1, p. 3.
\textsuperscript{452} LEVILLAIN N., Juris-Classeur Notarial Formulaire, V° SUCCESION – Mandat à effet posthume, 2011, § 54.
\textsuperscript{453} Article 812-3 du Code civil.
\textsuperscript{455} LEVILLAIN N., Juris-Classeur Notarial Formulaire, V° SUCCESION – Mandat à effet posthume, 2011, § 56.
\textsuperscript{456} Conformément à l’article 920 du Code civil.
135. La doctrine est divisée quant à la résolution de ces difficultés. Pour certains auteurs, afin d’éviter l’atteinte à la réserve, la rémunération ne pourrait porter que sur les fruits et revenus de la quotité disponible\(^{457}\). D’autres auteurs proposent de capitaliser la valeur des fruits et revenus alloués au mandataire afin d’imputer la valeur obtenue sur celle de la pleine propriété des biens soumis au mandat en chiffrant la moins-value dont souffre la valeur vénale de la pleine-proposition amputée de ses fruits\(^{458}\). Mais cela pose des difficultés pratiques puisque l’imputation a lieu au décès alors que la rémunération est déterminée postérieurement et parfois des années plus tard puisque le mandat est prorogé sans autre limite que l’intérêt sérieux et légitime. Afin d’éviter des difficultés insolubles, il a été proposé de ne pas soumettre la rémunération en fruits et revenus à la réduction pour atteinte à la réserve car l’intention du législateur n’aurait été de soumettre à la réduction que la rémunération en capital\(^{459}\). En effet, tout au long des travaux parlementaires\(^{460}\), il a été souligné que la rémunération en revenus devrait être le principe car elle a l’avantage de ne pas entamer le patrimoine successoral et de ne pas léser les héritiers. Donc il paraîtrait incompréhensible qu’une rémunération en fruits et revenus qui n’entame pas le patrimoine successoral et donc les intérêts des héritiers puisse être réduite. Il est d’ailleurs précisé que la rémunération en fruits et revenus évitera toute action en réduction\(^{461}\). Ainsi, il faut exclure la rémunération en fruits et revenus de l’action en réduction pour atteinte à la réserve.

136. La révision judiciaire pour excès de la rémunération du mandataire -
La seconde action qui peut être intentée est la révision judiciaire pour excès du droit commun du mandat. Ainsi, l’article 812-3 du Code civil prévoit que la rémunération puisse être révisée si elle est excessive. Cette révision doit


\(^{458}\) GRIMALDI M., « Le mandat à effet posthume », *Defrénois* 2007, n° 1, p. 3.


\(^{460}\) HUYGUES S., *Rapport AN* n° 2850, p. 177.
être demandée en justice. L’excès s’apprécie par rapport à la durée du
mandat. Si le mandataire renonce à poursuivre le mandat, il devra rendre
une partie de la rémunération en capital. Le caractère excessif de la
rémunération s’apprécie également au regard de la charge résultant du
mandat et assumée par le mandataire.

Même si le mandat est borné par des conditions strictes, les effets du mandat sont
particulièrement larges.

§ II – Un mandat privant largement les héritiers de leurs droits sur la réserve

137. Plan - Le mandataire à effet posthume dispose de pouvoirs étendus
sur les biens, objets du mandat (A). En outre, la nature particulière du
mandat (B) et la difficile possibilité d’y mettre fin pour les héritiers (C)
rendent les effets de la volonté ante-mortem du de cujus particulièrement
puissants.

A – Les pouvoirs étendus du mandataire

138. Plan - La loi envisage les pouvoirs du mandataire à effet posthume
dans l’article 812 du Code civil. Elle précise que celui-ci a pouvoir
d’administrer ou de gérer tout ou partie de la succession. Cette mention ne
donne pas d’indications sur l’étendue des pouvoirs du mandataire qui
doivent être précisés. Il faut toutefois préciser que tant que les héritiers n’ont
pas accepté la succession, le mandataire à effet posthume ne peut effectuer
que des actes conservatoires, de surveillance et d’administration provisoire
qui n’emportent pas acceptation de la succession. S’il souhaite accomplir tout

461 Huygues, Rapport AN n° 2850, p. 177.
autre acte d’administration, le mandataire doit recueillir l’accord du juge. Enfin, les héritiers bénéficient d’un pouvoir de surveillance du mandataire.

139. **Les pouvoirs d’administration du mandataire** - Le terme d’administration est général et imprécis. Il est défini comme « *l’action de gérer un bien, une masse de biens sans exclure l’accomplissement d’actes de dispositions* ”. Or, il n’est indiqué nulle part dans la loi ou le Code civil ce que recouvre la gestion d’une succession. Les travaux parlementaires laissent penser que le mandataire serait limité aux actes d’administration soit les *acte(s) ordinaire(s) d’exploitation d’un bien ou d’une masse de biens englobant l’expédition des affaires courantes et la mise en valeur naturelle d’un patrimoine (…) qui peut varier selon la nature du bien administré (…) et comprend les actes d’aliénation (vente de marchandises ou de récolte), ou d’acquisition (…)».

Afin de préciser ce pouvoir d’administration, un auteur a proposé de se référer au mandat général d’administration susceptible d’être confié à un indivisaria ou un tiers dans le cadre de l’indivision. Ce texte s’entend d’une exploitation normale des biens exception faite des actes de disposition.

Il a également été proposé de comparer la mission d’administration du mandataire à effet posthume avec la mission d’administration du mandat conventionnel et judiciaire. En effet, ces deux mandats retiennent également la mission d’administration dans les articles 813 et 813-1. Mais comme lors de l’entrée en

---

465 Conformément à l’article 815-3 alinéa 2.
vigueur du mandat à effet posthume, lorsque le mandat conventionnel a été créé, la doctrine a regretté la généralité de ce terme et la nécessité de le préciser 467.

On peut conseiller au de cujus de préciser les actes inclus dans la mission d’administration du mandat 468.

La mission du mandataire posthume n’est pas limitée au pouvoir d’administration mais comprend également le pouvoir de gestion de la succession.

140. **Les pouvoirs de gestion du mandataire** - De prime abord, la distinction entre la mission d’administration et de gestion paraît malaisée. Toutefois, on peut penser que si le législateur a distingué ces deux missions, c’est qu’elles ne recouvraient pas les mêmes actes. La doctrine s’accorde à dire que la gestion est plus dynamique que l’administration, le but étant de faire fructifier les biens en donnant au mandataire un pouvoir d’initiative plus important que dans la simple administration. En effet, il ne faut pas perdre de vue que le mandataire agit dans l’intérêt des héritiers afin d’assurer leur subsistance et que cette dernière sera mieux assurée grâce à une gestion dynamique des biens successoraux. Ainsi, le mandataire devrait pouvoir disposer des fruits et revenus des biens successoraux afin de pouvoir les investir dans le maintien ou le développement des biens successoraux.

La mission de gestion est plus large que la mission d’administration puisqu’elle comporte également les actes de disposition 469.

141. **Les pouvoirs portant sur les actes d’aliénation**- Lors des travaux parlementaires, il a été affirmé que le mandataire n’aurait aucun pouvoir de

disposer des biens\textsuperscript{470}. Les actes d’aliénation sont ainsi interdits au mandataire. Toutefois, cette affirmation doit être nuancée car la notion d’acte de disposition est relative. Un acte d’aliénation peut être qualifié d’acte d’administration. Cela est le cas, tout d’abord, des actes de disposition utiles à l’exploitation\textsuperscript{471}. En effet, ces actes sont qualifiés d’actes d’administration lorsqu’ils sont un élément de gestion du bien. Il en est de même des universalités de fait dont la gestion implique la vente et le rachat comme le portefeuille de valeurs mobilières\textsuperscript{472}. Toutefois, cette qualification est subordonnée au remploi des sommes obtenues lors de la cession. Enfin, le mandataire pourrait accomplir les actes de disposition qui répondent aux besoins de l’exploitation normale dès lors qu’ils n’entament pas la substance du bien. Il s’agit de la vente de meubles corporels justifiée par les besoins de l’exploitation tels que la vente de marchandises\textsuperscript{473}.

Ainsi, la mission de gestion permet de procéder à certaines aliénations dans l’intérêt des héritiers, à condition de conserver la substance. Cela permet d’envisager une gestion dynamique du bien et de conserver la valeur des biens successoraux, objet du mandat.

En revanche, les actes de disposition autres que ceux nécessaires à l’exploitation ne sont pas permis. En effet, ils sont réservés aux héritiers conformément à l’article 812-4-5. Il a pu être proposé de faire intervenir les héritiers au mandat afin d’autoriser le mandataire à disposer des biens\textsuperscript{474}, toutefois, cela constituerait un pacte sur succession future prohibé.

\textsuperscript{470} HUYGUES S., rapport AN n° 2850, p. 181.
\textsuperscript{471} PIEDELIÈVRE S., op. cit., p. 231, § 197.
\textsuperscript{474} PRIGENT, « Le mandat à effet posthume », AJ Fam. 2009, p. 120.
Une difficulté se pose néanmoins : lorsque l’aliénation peut être qualifiée d’acte d’administration, qui, du mandataire ou de l’héritier, prime sur l’autre ? Ainsi, l’héritier peut-il s’opposer à la vente du stock d’un commerce par le mandataire à effet posthume ? On peut penser que, dans ce cas, le mandataire primera sur l’héritier, sauf à démontrer par ce dernier que l’acte serait contraire à son intérêt. En revanche, le mandataire ne pourrait s’opposer à la vente par l’héritier de ce même stock, conformément à l’article 812-4 du Code civil.

Le *de cujus* peut-il autoriser le mandataire à effectuer des actes de disposition en insérant une clause dans le mandat à effet posthume ? En effet, l’article 812-4 ne précise pas si l’interdiction de disposer du bien est d’ordre public. Pourtant, on peut douter de la validité d’une telle clause. En effet, l’esprit du texte invite à la solution inverse puisque le mandat à effet posthume ne peut priver les héritiers de leur droit de disposer des biens et par là même d’éteindre le mandat475. Les travaux préparatoires rejettent également cette possibilité476. Enfin, ce serait une atteinte grave à la saisine héréditaire et à la réserve héréditaire puisque la charge imposée sur la réserve serait étendue.

Il a pu être proposé que le mandataire à effet posthume puisse aliéner les biens successoraux sans priver toutefois les héritiers de ce droit. Cette faculté serait ainsi concorrente477. Cela serait notamment utile lorsque le mandataire à effet posthume a pour mission de trouver un repreneur à l’entreprise. Toutefois, il nous paraît essentiel que les héritiers aient le dernier mot sur le choix du repreneur en aliénant eux-mêmes le bien au repreneur présenté par le mandataire afin d’éviter les prises d’intérêts et les collusion frauduleuses entre le repreneur et le mandataire.


476 HUYGUES S., *Rapport AN* n° 2850, p. 175.

Le mandataire ne peut pas non plus engager les biens faisant l’objet du mandat en les donnant en garantie puisqu’il s’agit d’un acte de disposition.

142. Aliénation d’une partie des biens par les héritiers - On peut s’interroger également sur la formule de l’article 812-4 qui parle de l’aliénation « des biens mentionnés dans le mandat. » Quid alors lorsque les héritiers ne disposent que d’une partie des biens du mandat ou lorsque le mandat concerne toute la succession ? Continue-t-il avec les biens restants et avec le prix de vente du bien cédé ? En d’autres termes, le patrimoine successoral serait-il compris comme une universalité ? Ou alors cela entraîne-t-il la fin du mandat pour le tout ? On peut penser que le mandat continuera avec les biens restants.

143. Une mission de surveillance – Toutefois, les héritiers ne sont pas dépourvus de tout droit de regard sur la mission du mandataire à effet posthume. En effet, l’article 812-7 du Code civil impose que chaque année et en fin de mandat, le mandataire rende compte de sa gestion aux héritiers et les informe de l’ensemble des actes accomplis. Cette obligation impose au mandataire de fournir aux héritiers un compte détaillé de l’ensemble des recettes et des dépenses effectuées par le mandataire dans le cadre de sa mission ainsi que de l’ensemble des actes accomplis.

Cette disposition protège les héritiers en leur permettant de contrôler la gestion du mandataire et ainsi d’éviter que la gestion ne diminue la valeur des biens successoraux ou ne soit menée dans leur intérêt. En cas d’inexécution de cette obligation, les héritiers peuvent demander la révocation du mandat. Cette révocation peut être demandée dès le premier manquement, il n’est en aucun cas nécessaire de prouver un préjudice.

Dans le mandat de droit commun, le mandataire est tenu d’informer le mandant de la bonne exécution de sa mission tout au long de celle-ci. Pourrait-on envisager de transposer cette obligation d’information au mandat à effet posthume ? Il semblerait que non puisque, contrairement au mandat de droit commun, le mandat à effet posthume fixe la périodicité de la remise des comptes. En outre, l’article 813-8
permet à chaque héritier de demander au mandataire la consultation des documents relatifs à l’exécution du mandat\footnote{WICKER G., Juris-Classeur Notarial Répertoire, V° SUCCESSIONS – Mandats successoraux – Le mandat à effet posthume, 2014, n° 98.}. Toutefois, il paraîtrait opportun de prévoir une obligation d’information telle que celle présente dans le mandat de droit commun afin d’éviter que les héritiers ne découvrent une situation difficile lors de la présentation des comptes annuels et le risque d’une disparition des biens successoraux.


La nature particulière du mandat à effet posthume, privant largement les héritiers de leurs droits, rend les effets de celui-ci particulièrement efficaces.

B – Un mandat d’une nature particulière

\section*{144. Un mandat post-mortem ?} - Le mandat à effet posthume n’est pas une invention du législateur contemporain puisque la jurisprudence\footnote{\textit{Accepté que s’il est vrai que le mandat prend fin par la mort du mandant, ce principe fléchit devant une volonté contraire exprimée par le mandant ou s’induisant de l’objet du mandat et des circonstances dans lesquelles il a été donné.} Cass. req., 22 mai 1860, S. 1860, p. 724 \textit{in LAURENT-BONNE N., « Aux origines du mandat à effet posthume », Revue des contrats 2013, n° 3, p. 827.}} antérieure
à la loi du 23 juin 2006 convenait déjà que les parties pouvaient renoncer aux dispositions de l’article 2003, selon lequel la mort emporte extinction du mandat, dans des cas limités, en considération de la nature de la mission\textsuperscript{482}. Toutefois, le mandat ne pouvait porter atteinte à l’ordre public successoral\textsuperscript{483}. Pourtant, même s’il prend le nom de mandat, le mandat à effet posthume créé par la loi du 23 juin 2006 s’éloigne du mandat post-mortem puisque le mandat à effet posthume prend effet au décès du mandant et non avant le décès. En outre, à la différence du mandat\textit{ post-mortem} de l’ancien droit, le mandat à effet posthume déroge à la réserve héréditaire puisqu’il prive l’héritier réservataire de la jouissance de la réserve\textsuperscript{484} et de la saisine. Enfin, le mandat post-mortem ne dessaisit pas les héritiers lesquels acquièrent la qualité de mandant avec les prérogatives qui y sont attachées, notamment la faculté de dessaisir ou révoquer le mandataire, contrairement au mandat à effet posthume\textsuperscript{485}.

145. **La nature du mandat à effet posthume** est malaisée à définir. Lors des travaux parlementaires, il a été rapproché du \textit{trust}. Pourtant, ces deux instruments ne sont en rien comparables puisque dans le \textit{trust}, la propriété est transférée au \textit{trustee} tandis que le mandat à effet posthume n’emporte à aucun moment transfert de propriété. Il ne peut s’agir que d’un mandat. Toutefois, le mandat à effet posthume diffère du mandat de droit commun. D’une part, dans le mandat de droit commun et conformément à l’article 1984 du Code civil, le mandant tient ses pouvoirs du mandataire pour lequel il agit. Or dans le mandat à effet posthume, le mandataire tient ses pouvoirs du \textit{de cujus} mais agit pour le compte des héritiers de ce dernier\textsuperscript{486}. D’autre

\textsuperscript{482} DE RICHEMONT H., *Rapport Sénat* n° 343, p. 130.


\textsuperscript{484} Certains auteurs sont d’avis que le mandat à effet posthume ne peut grever la réserve. Toutefois, cette opinion minoritaire ne peut être retenue : SAGAUT Jean-François, « Le mandat à effet posthume : regard notarial à destination des chefs d’entreprise », *Droit et Patrimoine* 2007, n° 162, p.62.

\textsuperscript{485} TERRÉ F., LEQUETTE Y., GAUDEMETS S., *op. cit.*, p. 776, § 863.

\textsuperscript{486} TERRÉ F., LEQUETTE Y., GAUDEMETS S., *op. cit.*, p. 775, § 862.
part, le mandat ordinaire ne prive pas le mandant de ses pouvoirs de propriétaire puisque celui-ci peut valablement accomplir l’acte pour lequel il a mandaté le mandataire, tandis que le mandat à effet posthume dessaisit les héritiers et les prive de leurs pouvoirs d’administration et de gestion contrairement au mandat de droit commun 487. Même si la loi ne l’indique pas expressément, il ne paraît pas concevable que les héritiers et le mandataire puissent exercer les mêmes pouvoirs sur les biens successoraux puisque cela ferait perdre tout intérêt au mandat à effet posthume. En outre, le mandataire a été choisi pour ses compétences particulières eu égard au manque de compétence des héritiers, il ne paraît pas possible de permettre aux héritiers de défaire ce que le mandataire aura pu faire. Enfin, le mandant peut révoquer partiellement le mandat en accomplissant un acte relevant du mandataire. Or, les héritiers sont privés de cette faculté de révocation 488.

Ce mandat se distingue également du mandat de droit commun puisque le mandat à effet posthume s’impose aux héritiers qui ne peuvent y renoncer 489 ni y mettre fin même en indemnisant le mandataire 490. Il s’agit ainsi d’un mandat d’une nature particulière.

146. Mandat avec ou sans représentation? - On peut, toutefois, se demander s’il s’agit d’un mandat avec ou sans représentation. La majorité de la doctrine s’accorde à dire qu’il s’agit d’un mandat sans représentation 491. En effet, admettre un mandat avec représentation présenterait des risques importants. Ce mandat permettrait d’appliquer le droit commun du mandat ce qui aurait pour effet d’engager les biens successoraux des héritiers et plus largement l’ensemble du patrimoine de ces derniers en raison de l’obligation

487 TERRÉ F., LEQUETTE Y., GAUDEMET S., op. cit., p. 775, § 862.
489 A moins de vendre les biens successoraux. Voir supra n°
490 TERRÉ F., LEQUETTE Y., GAUDEMET S., op. cit., p. 775, § 862.
ultra vires des héritiers. Les héritiers n’auraient aucun droit de regard sur la gestion du mandataire à l’exception de la reddition des comptes annuels. Ainsi, cette thèse doit être écartée en raison des risques qu’elle fait courir au patrimoine de l’héritier et parce qu’elle n’est pas conforme à l’esprit de la loi. Celle-ci a limité la liberté du de cujus par l’intérêt des héritiers dans le but de pérenniser les biens successoraux ou de préparer la cession de ceux-ci.492. En aucun cas, le mandat à effet posthume ne peut porter atteinte à la consistance des biens successoraux soumis au mandat.

Dans le mandat sans représentation, les engagements contractés par le mandataire dans le cadre de sa mission le sont en son nom propre et pas en celui des héritiers. Il a, seul, qualité de partie, de créancier ou débiteur dans l’exercice de son mandat à l’égard des tiers. L’expression « pour le compte des héritiers » démontre que le mandataire agit en lieu et place des héritiers493. Les héritiers sont par conséquent tiers et les créanciers n’ont aucun droit de gage sur leur patrimoine. Toutefois, le mandataire à effet posthume ne peut engager les biens que dans la limite de ses pouvoirs, ainsi seule la jouissance des biens sera engagée puisque ces derniers restent la propriété des héritiers494. Les actes du mandataire à effet posthume sont toutefois opposables aux héritiers et ceux-ci devront indemniser le mandataire à effet posthume des obligations qu’il a assumées personnellement. Par conséquent, il s’agirait d’une représentation imparfaite puisque le mandataire agit en son nom propre pour le compte d’autrui495.

Ainsi, le mandat sans représentation permet une gestion efficace des biens sans compromettre la situation des héritiers. Le mandat à effet posthume est par

492 HUYGUES S., Rapport AN n° 2850, p. 172.  
493 TERRÉ F., LEQUETTE Y., GAUDEM S., op. cit., p. 775, § 862.  
494  
conséquent un mandat particulier, sans représentation, donnant la liberté au de cujus de confier la gestion de sa succession, après son décès, à un tiers.

Outre les effets étendus du mandat, les héritiers ne peuvent mettre fin à celui-ci qu’en vendant les biens successoraux.

C – La difficulté de mettre fin au mandat pour les héritiers

147. **La possibilité de mettre fin au mandat** - Les héritiers peuvent mettre fin à tout moment au mandat en aliénant les biens successoraux, objet du mandat. Cette possibilité doit toutefois être nuancée. Si les héritiers souhaitent conserver les biens, pour des raisons affectives ou économiques, ils sont alors privés de toute possibilité de mettre fin au mandat.

Les pouvoirs du mandataire à effet posthume ne lui permettent pas de s’opposer à l’aliénation. Un arrêt rendu par la 1ère chambre civile de la Cour de cassation confirme cette solution. Dans cette espèce, une mère de deux enfants mineurs avait institué son père mandataire posthume de toute la succession. Après son décès, le père des enfants, administrateur légal, avait été autorisé par le juge des tutelles à vendre un appartement dépendant de la succession, ce à quoi s’opposait le mandataire posthume. La Cour de cassation confirme que le mandataire à effet posthume ne peut pas s’opposer à l’aliénation des biens mentionnés dans le mandat, laquelle constitue une cause d’extinction du mandat.

---

Cette solution doit être approuvée. Même si cette solution a été critiquée par une partie de la doctrine\textsuperscript{497}, elle paraît conforme à la lettre et à l’esprit du mandat à effet posthume. En effet, celui-ci est une aide apportée aux héritiers en permettant à un mandataire plus apte, pour des raisons tenant aux héritiers ou aux biens successoraux, de conserver la substance des biens en gérant ceux-ci dans l’intérêt des héritiers. En aucun cas, le mandat à effet posthume ne peut être vu comme une sanction de la part du \textit{de cujus}. Ainsi, il n’est envisageable que dans un climat apaisé de coopération et de confiance entre le mandataire et les héritiers. Si ces éléments ne sont pas présents, il paraît plus indiqué de vendre les biens successoraux et de mettre fin au mandat. Le mandat à effet posthume n’est qu’un outil de gestion du patrimoine successoral et n’a pas pour but de conserver les biens contre le gré des héritiers\textsuperscript{498}.

Ainsi, la proposition de certains auteurs\textsuperscript{499} de recourir à la clause d’inaliénabilité afin de priver les héritiers de leur droit d’aliéner les biens successoraux, objets du mandat, ne paraît pas opportune. Cette clause devrait alors être limitée dans le temps et soumise à un intérêt sérieux et légitime. Le mandat à effet posthume étant limité dans le temps légalement, cette condition serait remplie. En outre, l’intérêt sérieux et légitime de la clause pourrait recouvrir l’intérêt sérieux et légitime du mandat. Toutefois, cet intérêt devrait être interprété rigoureusement car il a pour effet de priver les héritiers de leur faculté de révoquer le mandat en aliénant les biens successoraux.

\section*{148. Conclusion de section – Le mandat à effet posthume donne la liberté au \textit{de cujus} de priver ses héritiers réservataires de la gestion des biens successoraux, après son décès, en la confiant à un tiers. Il porte ainsi atteinte à la transmission de la réserve libre de charges. Même si le législateur a


strictement borné la possibilité de désigner un mandataire à effet posthume par l’obligation d’avoir un intérêt légitime et sérieux au regard de l’héritier ou du patrimoine successoral, l’atteinte à la réserve est considérable. En effet, les pouvoirs du mandataire sont extrêmement étendus. En outre, l’héritier réservataire ne peut retrouver la libre disposition des biens successoraux qu’en procédant à leur vente ou en arguant judiciairement de la disparition de l’intérêt sérieux et légitime. S’il ne souhaite pas vendre les biens, objets du mandat, il devra attendre la durée déterminée par le de cujus ou étendue par le juge. Ainsi, le mandat à effet posthume porte une première atteinte à la réserve héritière d’anticiper les difficultés successorales.

Le législateur a, également, dans le but de promouvoir la liberté du de cujus, ranimé les libéralités substitutives.

Section II – La liberté de priver son enfant de la disposition de la succession : les libéralités substitutives

149. Plan - Alors que le Code civil les avaient supprimées pour promouvoir l’égalité, le législateur du 23 juin 2006 a choisi de ranimer les substitutions. La raison invoquée dans le rapport préliminaire est de donner la liberté au de cujus d’anticiper sa succession en faveur, notamment,

500 La validité des legs résiduels étaient reconnus depuis le début du XIX siècle : Cass. Req., 5 juillet 1832 : S. 1832, 1, p. 430 : La jurisprudence analysait le legs de resido comme un legs conditionnel soumis à la condition qu’au décès du premier légataire, la chose léguée subsiste et le second légataire survie.

501 Ainsi, l’article 896 dispose désormais que « la disposition par laquelle une personne est chargée de conserver et de rendre à un tiers ne produit d’effet que dans le cas où elle est autorisée par la loi. » L’article 1048 prévoit, quant à lui, qu’« une libéralité peut être grevée d’une charge comportant l’obligation pour le donataire ou le légataire de conserver les biens ou droits qui en sont l’objet et de les transmettre, à son décès, à un second gratifié, désigné dans l’acte. » Quant à l’article 1057, il dispose qu’« il peut être prévu dans une libéralité qu’une personne sera appelée à recueillir ce qui subsistera du don ou legs fait à un premier gratifié à la mort de celui-ci. »
du conjoint survivant\textsuperscript{502} ou d’enfants handicapés\textsuperscript{503} puisque par un acte de disposition unique, le disposant pourra gratifier deux bénéficiaires, lesquels vont se succéder dans le temps. Les hypothèses envisagées par le législateur sont la transmission à titre gratuit de biens à un nouvel époux à charge de rendre, à son décès, cette libéralité aux enfants du premier lit ou encore la transmission de biens à un enfant handicapé à charge, à son décès, de les rendre à ses frères et sœurs. Le grand intérêt de ces libéralités tient au fait que le second gratifié est censé tenir ses droits du disposant grâce à une charge de conserver et/ou transmettre, soit dans nos exemples de leur parent, évitant ainsi les droits de mutation à titre gratuit entre étrangers ou frères et sœurs.

L’Assemblée nationale, lors de la discussion de la loi du 23 juin 2006, voulut introduire les nouvelles libéralités substitutives et abroger l’article 896, lequel posait la prohibition des substitutions fidéicommissaires. Toutefois, le Sénat refusa cette abrogation et souhaita réaffirmer le principe de la prohibition assorti d’exceptions\textsuperscript{504}. C’est la raison pour laquelle on trouve dans le Code civil un principe, celui de la prohibition des substitutions fidéicommissaires, vidé de sa substance puisque les libéralités substitutives sont désormais autorisées. Toutefois, la liberté du \textit{de cujus} peut-elle porter sur la réserve héréditaire et ainsi rompre l’égalité entre les héritiers réservataires ? Avant d’étudier les effets des libéralités substitutives sur la réserve héréditaire (§ III), il apparaît nécessaire de préciser les conditions de formation communes des libéralités substitutives (§ I) et leur mécanisme juridique (§ II).

§ I – Les conditions communes des libéralités substitutives

\textbf{150. Plan} - Les libéralités substitutives obéissent à des conditions communes quant aux bénéficiaires (A), à leur support (B) et à leur objet (C).

\begin{itemize}
\item \textsuperscript{502} HUYGUE S., \textit{Rapport AN} n° 2850.
\item \textsuperscript{503} DE RICHEMONT H., \textit{Rapport Sénat} n° 343.
\item \textsuperscript{504} TERRÉ F., LEQUETTE Y., GAUDEMETS S., \textit{op. cit.}, p 540, § 612.
\end{itemize}
A – Les bénéficiaires

Alors qu’avant 2006, les substitutions n’étaient permises qu’en faveur des descendants ou des neveux et nièces en l’absence de descendant, les libéralités substitutives sont désormais permises en faveur de toute personne physique ou morale. La loi ne désigne plus nommément ses bénéficiaires.

151. **Le grevé ou premier gratifié** - En l’absence de précision dans la loi, le grevé, dans la donation graduelle, ou premier gratifié, dans la donation résiduelle, peut être toute personne physique ou morale. Pourtant, le vocabulaire employé dans la loi, notamment à l’article 1048 visant le décès du grevé, laisse à penser que le législateur n’envisageait pas que le grevé ou premier gratifié puisse être une personne morale505 puisque celle-ci ne peut mourir. Certains auteurs admettent, néanmoins, qu’une personne morale puisse être grevée puisque la dissolution de la personne morale est toujours possible par une cause légale ou une clause des statuts506. En outre, la loi ne distinguant pas, il n’y aurait pas lieu de distinguer507. Toutefois, permettre à une personne morale d’être grevée ou première gratifiée paraît inopportun puisque sa vie est bien plus longue que celle d’une personne humaine. Cela aboutirait à rendre le bien indisponible pendant un temps bien plus long que la durée de la vie humaine, ce qui conduirait à s’approcher des biens de mainmorte de l’ancien régime508. Il paraît ainsi souhaitable de ne pas

permettre qu’une personne morale soit grevée ou première gratifiée en modifiant l’article 1048.

152. **Le second gratifié ou appelé** - Le disposant peut désigner toute personne morale ou physique de son choix comme second gratifié. Il est également possible de prévoir plusieurs seconds gratifiés.

Le second gratifié doit être désigné dans l’acte et il doit accepter la libéralité substitutive. Sa vocation à recevoir la libéralité naît au moment de l’acceptation et tant qu’elle n’a pas eu lieu, le disposant peut révoquer la libéralité substitutive. Ainsi, le donateur peut faire le choix de laisser le second gratifié dans l’ignorance afin de conserver sa faculté de révocation de la donation à l’égard du second gratifié⁵⁰⁹.

La loi prévoit également, à l’inverse des donations de droit commun, que la donation graduelle peut être acceptée par le second gratifié après le décès du donateur. Cette règle permet d’instituer les enfants nés et à naître du grevé même s’ils ne naissent qu’après le décès du donateur même si, bien évidemment, l’acceptation devra intervenir avant le décès du grevé. Le second bénéficiaire ne sera alors pas partie au contrat qui le gratifie, ce qui met à mal la notion d’unité d’acte⁵¹⁰.

La règle selon laquelle l’acceptation peut intervenir après le décès du disposant est opportune, toutefois le silence gardé par le second gratifié peut perturber la liquidation de la succession du donateur quant au calcul de la réduction de la donation graduelle ou du rapport⁵¹¹. C’est pourquoi, « *L’offre de loi* » proposait dans son projet d’article 1035 que l’appelé puisse, au décès du grevé lorsque s’ouvrait sa vocation, accepter ou répudier la libéralité qu’il n’aurait pas acceptée du vivant du donateur⁵¹². Ce principe n’a pas été repris dans la loi du 23 juin 2006, ce qui paraît

---

déraisonnable puisque, outre les difficultés liquidatives, le premier gratifié ne saura pas s’il peut disposer ou non du bien.

La charge ne peut être stipulée au delà du premier degré. Ainsi, il est interdit d’obliger le second gratifié à transmettre les biens à un troisième gratifié. Si le disposant le prévoit, la libéralité reste valable pour le premier degré seulement ⁵¹³.

En revanche, le disposant peut anticiper la disparition prématurée du second gratifié en prévoyant un second gratifié subsidiaire qui peut être un tiers ou encore les héritiers du second gratifié. A défaut d’une telle stipulation, les biens resteront dans le patrimoine du premier gratifié, puisque la représentation ne joue pas en matière de substitution ⁵¹⁴, ce dont se sont émus certains auteurs ⁵¹⁵. En effet, si le disposant dispose par un legs graduel au profit de sa seconde épouse à charge de rendre à ses enfants et que l’un d’eux meurt avant la seconde épouse, ses descendants ne pourront le représenter et le bien sera entièrement dévolu aux autres enfants du de cujus. Ne pas permettre la représentation est regrettable.

En revanche, il n’y a plus aucune restriction entre les gratifiés. Ainsi, il est tout à fait possible de gratifier seulement un seul enfant même si la réserve constitue une limite ⁵¹⁶.

B – Le support de la libéralité substitutive

153. Quelle libéralité ? - La libéralité substitutive ne peut être consentie qu’au moyen d’une donation ou d’un legs. On s’est demandé s’il fallait

⁵¹³ Alors qu’avant la loi du 23 juin 2006, la sanction était la nullité de la libéralité entière.
⁵¹⁴ C’était déjà le cas dans l’ordonnance de D’Aguesseau.
nécessairement une donation par acte authentique puisque l’acte doit contenir des mentions expresses\textsuperscript{517} afin que la libéralité soit substitutive, ce qui paraît difficilement compatible avec une donation indirecte\textsuperscript{518}. Pourtant, la substitution est une charge et comme toute charge, elle peut accompagner une libéralité opérée par don manuel à condition que la charge de conserver et transmettre soit précisée dans un pacte adjoint\textsuperscript{519}. La Cour de Cassation a déjà validé un don manuel de bijoux consenti à un fils sous la double charge de les prêter à sa femme puis de les transmettre à ses enfants\textsuperscript{520}. Toutefois un acte authentique sera nécessaire lorsque la substitution portera sur un immeuble puisque la charge de conserver et transmettre doit être publiée à la conservation des hypothèques ou au livre foncier.

154. Une donation-partage ? – En revanche, on peut douter de la validité d’une stipulation graduelle ou résiduelle dans une donation-partage. Si les droits du premier gratifié sont anéantis rétroactivement, comment admettre le plein effet d’une donation-partage qui impose que tous les bénéficiaires aient été gratifiés ?

Pourtant, pour certains auteurs, cela est tout à fait possible\textsuperscript{521} à condition qu’elle ne bénéficie qu’aux héritiers présomptifs du donateur. Ainsi, le tiers qui reçoit l’entreprise ne pourrait participer à une telle donation-partage puisqu’il n’a pas la qualité pour y participer.

\textsuperscript{516} TERRÉ F., LEQUETTE Y., GAUDEMET S., op. cit., p 542, § 614.
\textsuperscript{517} Notamment la désignation du second gratifié conformément à l’article 1048 du Code civil.
\textsuperscript{520} Civ. 1 ; 29 juin 1961 ; D. 1961, jur. p. 641.
C - Objet de la libéralité substitutive

155. **Plan** - Les libéralités substitutives se différencient selon la charge qui grève la libéralité : charge de conserver et rendre pour la libéralité graduelle (1) et charge de rendre pour la libéralité résiduelle (2). Ces charges ne peuvent toutefois pas être stipulées sur certains biens (3).

1 – Les charges des libéralités graduelles

Le grevé est tenu d’une charge de conserver et de transmettre.

156. **Teneur de l’obligation de conserver** - Le grevé a l’obligation de conserver les biens ou droits par lui reçus afin de pouvoir les transmettre au second gratifié dans la libéralité graduelle. En effet, l’article 1049 prévoit que la libéralité graduelle ne peut produire effet que sur les biens subsistant en nature au décès du grevé.

Les rédacteurs de l’offre de loi avaient proposé d’imposer au grevé une obligation de conserver en valeur tout en constatant que le contrôle serait difficile. Le Sénat a repoussé cette proposition en arguant de l’unité d’acte puisque le bien donné au

---

157. **Droits du grevé sur les biens durant sa vie** - Le grevé devient pleinement propriétaire des biens donnés. La loi ne distinguant pas, on applique les conséquences d’une donation entre vifs normale\(^5\). Ainsi, le grevé peut consentir des droits réels sur les biens et droits, objets de la donation graduelle, et même les aliéner\(^5\). De la même manière, les créanciers du grevé peuvent se prévaloir de leur droit de gage général sur le patrimoine de l’intéressé. En outre, le grevé n’est en aucun cas limité dans sa gestion des biens grevés. Toutefois, seuls les actes de gestion conserveront leurs effets lors de la transmission au second gratifié\(^5\) puisque l’obligation de transmettre implique chez le grevé de ne pas porter atteinte aux biens ou droits reçus. La charge va limiter les prérogatives de propriétaire du premier gratifié et les actes passés au mépris de cette charge pourront être résolus rétroactivement au décès du grevé. Ne seront alors maintenus que les actes conservatoires et d’administration. Le grevé conservera également les fruits récoltés durant sa vie et aucune réclamation ne pourra être faite par le second gratifié.

---

\(^{523}\) Toutefois, il existe une parade : apporter à une société les biens que le donataire entend transmettre. La libéralité résiduelle portera alors sur des parts de société. Ainsi le premier gratifié pourra arbitrer les actifs de la société et transmettre au second gratifié les biens acquis en remplacement à condition de garder les parts en l’état. En ce sens : FAUCHER D., « De l’intérêt d’une libéralité résiduelle sur des parts de SCI », *La revue fiscale notariale*, 2008, n° 3, étude 5 ; WICKER G., « Le nouveau droit des libéralités : entre évolution, révolution et contre-révolution », *Droit et Patrimoine* 2007, n° 157,


\(^{525}\) TERRÉ F., LEQUETTE Y., GAUDEMET S., *op. cit.*., p. 545, § 615.


\(^{528}\) En ce sens : T. Civ. Seine, 26 mai 1922, *DP.* 1925, 2, p. 149, note PLASSARD.
En outre, le grevé doit donc apporter aux biens les soins d’un bon père de famille et s’abstenir, sous peine d’engager sa responsabilité, de toute attitude qui mettrait en péril l’existence même des biens\(^{529}\).

158. **Droits du second gratifié durant la vie du grevé** – Durant la vie du grevé, les droits du second gratifié sont purement éventuels. C’est pourquoi, il n’a pas qualité pour contester les actes passés par le grevé\(^{530}\). Toutefois, le second gratifié peut prendre des mesures conservatoires permettant de conforter sa vocation\(^{531}\), en interrompant une prescription par exemple ou encore en s’opposant à une initiative de la part du grevé qui risquerait d’être contraire à ses intérêts\(^{532}\).

159. **Mesures permettant d’assurer l’efficacité de l’obligation de conserver** - Alors que les anciennes substitutions prévoyaient de nombreuses mesures pour protéger le second bénéficiaire, l’article 1052 énonce simplement qu’il appartient au disposant de prendre toutes les mesures et sûretés pour garantir la bonne exécution de la charge de conserver et transmettre. Ainsi, la loi s’en remet entièrement au disposant, le risque étant que le disposant ne prévoie rien. Il appartient donc au notaire de conseiller son client en prévoyant, selon la situation, de nommer un tuteur ou encore de faire établir un inventaire voire de prescrire une clause d’inaliénabilité.

2 – La charge de la libéralité résiduelle


\(^{530}\) Cass. Req. 13 novembre 1893 : DP 1894,1, p 268 ; S. 1897, 1, p. 516.


160. Une obligation de transmettre sans obligation de conserver - La libéralité résiduelle ne comprend qu’une obligation de transmettre mais pas de conserver. Ainsi, conformément à l’article 1057, le second gratifié sera appelé à recueillir ce qui subsistera du don ou legs fait à un premier gratifié à la mort de celui-ci. La transmission au second gratifié est, par conséquent, aléatoire et dépendra du bon vouloir du premier gratifié.

Le premier bénéficiaire d’une donation résiduelle peut ainsi exercer presque toutes les prérogatives d’un propriétaire : disposer librement à titre onéreux ou encore constituer tous droits réels.

161. Limite à l’absence d’obligation de conserver - La seule limite dans les droits du premier gratifié sur le bien, objet de la libéralité résiduelle est que le premier gratifié ne peut disposer à cause de mort conformément à l’article 1059 alinéa 1°. La jurisprudence 533 avait posé cette interdiction afin de respecter la volonté libérale du disposant au profit du second gratifié mais avait pourtant fini par admettre la solution contraire concernant le legs de residuo lorsque le testateur en avait disposé ainsi dans le testament 534. Ainsi, deux opinions s’affrontent désormais. Pour certains, la possibilité de disposer à cause de mort est désormais écartée parce que la loi nouvelle ne l’a pas envisagée et que cela contredirait la définition même de donation résiduelle si le premier gratifié pouvait priver le second de tout droit sur le résidu 535. Mais selon une autre opinion, le législateur n’a rejeté aucune des solutions jurisprudentielles antérieures donc on peut considérer que celle-ci est acceptable et que le disposant peut écarter ce principe 536. L’article 1059 alinéa 2 précise en outre que le disposant peut interdire au premier gratifié

de disposer des biens par donation entre vifs, ainsi, on doit considérer que le disposant peut autoriser le premier gratifié à disposer à cause de mort.

162. Droits du premier gratifié – Conformément à l’article 1060 du Code civil, le premier gratifié devient pleinement propriétaire des biens transmis et n’a aucune obligation de conservation. Il n’aura, par conséquent, pas à rendre des comptes sur la manière dont il a géré le bien même s’il l’a laissé se déprécier, conformément à l’article 1060, bien que certains auteurs considèrent qu’on pourrait y déroger. Toutefois, admettre cette dérogation serait préjudiciable pour le second gratifié puisque le premier gratifié pourrait échapper à cette obligation en vendant le bien. En revanche, s’il a fait des améliorations, le premier gratifié pourra se voir indemnisé sur le fondement de l’enrichissement sans cause.

163. Transmission au second gratifié – Afin d’être transmis au second gratifié, les biens doivent subsister en nature au décès du premier gratifié. Les droits du second bénéficiaire ne se reportent pas sur le produit des aliénations ni sur les biens nouvellement acquis. Toutefois, certains auteurs pensent que le de cujus pourrait écarter cette règle et permettre que le résidu porte sur le bien subrogé ou le produit de l’aliénation. Les valeurs mobilières échappent à cette règle et suivent celle des donations graduelles.

---


540 Cf. supra n° 166.
La transmission s’opère de plein droit en vertu de la charge résiduelle stipulée dans l’acte par le seul effet du décès. Aucune formalité n’est nécessaire.

Le second gratifié est censé tenir ses droits de l’auteur de la libéralité ce qui pose les mêmes conséquences civiles que dans la donation graduelle.

Il s’agit de s’interroger, dorénavant, sur les biens objets de la libéralité substitutive.

3 – les biens grevés

164. Caractère identifiable des biens ou droits - L’article 1049 dispose que la libéralité substitutive ne peut produire effet « que sur des biens ou droits identifiables à la date de la transmission » et qui subsistent en nature au décès du grevé. La date de la transmission visée serait la date de l’acte de donation ou du décès pour un legs. En effet, on veut les identifier au moment où ils deviennent la propriété du grevé, de sorte qu’ils puissent, durant la vie de celui-ci, être distingués des autres biens constituant le patrimoine du grevé. Cela laisse planer le doute sur la validité des libéralités graduelles universelles ou à titre universel puisque la condition d’identification dans l’acte ne sera pas remplie.\(^{541}\).

165. Somme d’argent - La libéralité substitutive peut-elle avoir pour objet une somme d’argent ? En effet, la fongibilité et la consomptibilité des sommes d’argent rendent difficiles l’identification des fonds et l’application de l’article 1049. On peut penser que lorsque les capitaux en numéraires présentent une individualité en raison de leur traduction financière, comme par exemple, une assurance-vie ou un investissement en produits de

\(^{541}\) MALaurie P., Brenner C., op. cit., p 344, § 650.
capitalisation, ils peuvent faire l’objet d’une libéralité substitutive. En effet, ils sont alors suffisamment identifiés en raison de leur placement sur un compte. Ainsi, une libéralité substitutive ne pourrait avoir pour objet une somme d’argent qu’à condition qu’elle soit juridiquement identifiable\(^{542}\).

Pourtant, l’ancien mécanisme des substitutions permettait une substitution sur une somme d’argent à condition que le grevé employât les fonds conformément aux instructions du disposant et, à défaut en immeuble ou créances hypothécaires. La substitution portait alors sur les biens acquis en remploi. Pourrait-on imaginer procéder de la sorte en stipulant une clause de remploi dans l’acte ? On peut penser que cela n’est pas possible. En effet, tout d’abord, l’article 1049 du Code civil impose l’identification des biens à la date de la transmission, soit de l’acte, ce qui ne serait pas le cas si les fonds donnés devaient être remployés par après. Ensuite, les biens ou droits doivent subsister en nature au décès du grevé. La loi ne laisse ainsi aucune place à la subrogation réelle, ce qui paraît regrettable\(^{543}\).

166. **Valeurs** – Pourtant, il existe une exception à l’identification des biens au jour de la transmission. L’article 1049 alinéa 2 précise que lorsqu’elle porte sur des valeurs mobilières, la libéralité produit également son effet, en cas d’aliénation, sur les valeurs mobilières qui y ont été subrogées. Cette disposition, reprise de la jurisprudence\(^{544}\), part du principe que les arbitrages sont des actes d’administration et pas des actes de disposition, de sorte que les valeurs acquises sont comprises dans le résidu. En outre, cette jurisprudence s’insère dans la qualification d’universalité de fait des portefeuilles de valeurs mobilières\(^{545}\). La Cour de cassation est même allée plus loin dans une récente décision portant sur un legs *de residuo* dans lequel la totalité des valeurs mobilières avaient été vendues sans être remplacées,


\(^{543}\) *Contra* TERRÉ F., LEQUETTE Y., GAUDEMÉT S., *op. cit.*, p. 546, § 615 pour lesquels le disposant peut prévoir le jeu de la subrogation réelle par une clause expresse.


Quel est le mécanisme juridique permettant les libéralités substitutives ?

§ II – Mécanisme juridique des libéralités substitutives : une libéralité avec charge
La doctrine s’est interrogée sur le mécanisme juridique régissant les substitutions anciennes et nouvelles.

167. Une double libéralité démembrée ? - Au premier abord, la substitution permise semblait ressembler à une double libéralité, en usufruit au profit du grevé et en nue-proprité au bénéfice des appelés. Mais cette apparence était infirmée par l’obligation existant antérieurement, que tous les descendants du grevé soient appelés au jeu de la substitution même ceux non encore conçus.

168. Une libéralité sous condition ? - Une autre analyse doctrinale ancienne consistait à regarder la substitution comme une disposition conditionnelle, la condition étant la survie des appelés. Le grevé serait propriétaire sous condition résolutoire et les appelés, propriétaires sous condition suspensive. Si les derniers survivaient au premier, les droits de celui-ci s’évanouissaient dans le passé par effet rétroactif de la condition ; le grevé n’avait jamais rien recueilli, ni rien reçu du disposant dont les biens étaient passés, directement et dès le jour de la disposition, sur la tête des appelés. Dans le cas contraire, si les appelés mouraient les premiers, la condition ne se réalisant pas en leur faveur, c’est le grevé qui avait toujours été le seul bénéficiaire de la libéralité. Toutefois, on peut faire observer que cette théorie aboutissait au résultat selon lequel il n’y avait qu’une propriété, celle du grevé ou celle des appelés et par suite une seule libéralité, alors que la substitution supposait forcément deux libéralités séparées par un tractus.

tempori. En outre, les appelés pouvaient ne naître que longtemps après la mort du disposant et si l’on supposait le droit du grevé effacé rétroactivement, il n’y aurait pas eu de propriété du tout pendant tout le temps qui séparait le décès du disposant de la naissance des appelés. On peut aussi arguer que la disparition rétroactive de tout droit du grevé était difficilement conciliable avec l’exercice des pouvoirs qui lui appartenaient. Enfin la substitution, n’avait pas pour effet de conférer au grevé un droit incertain, mais seulement d’immobiliser les biens entre ses mains pour en assurer la transmission à ses enfants ; en effet le disposant avait la volonté de gratifier successivement une personne et ses descendants et non alternativement selon les circonstances. Pourtant la jurisprudence dominante plaidait pour cette solution.

169. Une libéralité avec charge de conserver et transmettre - La doctrine moderne analyse désormais la substitution comme une libéralité directe au grevé, assortie d’une double charge de conserver et de transmettre qui fait naître un droit éventuel pour les appelés. Toutefois, cette charge est affectée de la condition de survie des appelés. Dans cette perspective, le grevé est bien, dès l’origine, plein propriétaire, mais la charge rend les biens inaliénables entre ses mains. Si la condition de survie des appelés se réalise, les aliénations éventuellement consenties sont donc annulables, non pas au

titre de la vente de la chose d’autrui, mais pour violation de la charge stipulée.

Ainsi, le droit de propriété du grevé n’est pas conditionnel mais en revanche, son droit d’aliéner les biens, objets de la libéralité, l’est. Les droits du grevé sont affectés d’une inaliénabilité conditionnelle car tributaire de l’ordre des décès du second gratifié et du grevé. Ainsi en cas de prédécès du second gratifié, les actes de disposition consentis sont consolidés. En revanche, en cas de décès du grevé en premier, le second gratifié devient propriétaire des biens sans rétroactivité mais les actes de disposition faits par le grevé sont anéantis. Cela est conforme à la loi du 23 juin 2006 puisque l’article 1050 dispose que les « droits du second gratifié s’ouvrent à la mort du grevé ». Toutefois, il n’y a aucun lien juridique entre le grevé et le second gratifié.

Cette analyse est la plus convaincante. En effet, l’article 896 du Code civil nous dit clairement que la libéralité graduelle est une disposition par laquelle une personne est chargée de conserver et de rendre à un tiers. L’article 1048 dispose qu’« une libéralité peut être grevée d’une charge comportant l’obligation pour le donataire ou le légataire de conserver les biens ou droits qui en sont l’objet et de les transmettre à son décès, à un second gratifié, désigné dans l’acte. » Ainsi, nous sommes en présence d’une libéralité avec charge consacrant la théorie moderne.


Toutefois, elle laisse subsister une incohérence : le non-respect de la charge n’entraîne qu’une invalidation des dispositions accomplies et non une révocation judiciaire de la libéralité elle-même 557.

Il s’agit désormais d’étudier les effets des donations graduelles et résiduelles et leur incidence sur la réserve héréditaire.

§ III – Les effets des libéralités substitutives et leur incidence sur la réserve

170. Plan - Le Code civil protège la réserve du grevé et de ses descendants (A) au moyen de l’article 1054. Toutefois, cette protection risque d’être difficile à mettre en œuvre puisque le secteur d’imputation de la libéralité graduelle (B) ou résiduelle (C) ne sera connu qu’à la liquidation de la succession du disposant (D).

A – la protection de la réserve du grevé en présence d’une libéralité substitutive

171. La protection de la réserve du grevé par l’article 1054 - L’article 1054 précise que la charge de conserver et de transmettre ne peut être imposée que sur le disponible. Ainsi, la réserve paraît protégée. Toutefois, le grevé peut consentir à ce que la charge grève tout ou partie de sa réserve. Cette acceptation doit intervenir, soit dans l’acte de donation, soit postérieurement dans les conditions de la renonciation anticipée à l’action en réduction 558. Le formalisme de l’acceptation de la charge sur la réserve est différent selon le


558 Cf. supra n° 207 et suiv.

176
moment de cette acceptation, ce dont on peut s'étonner. Les travaux préparatoires ont argué que la donation concrétise un accord global entre le donateur et le grevé dans lequel l’intérêt du premier et du second gratifié a été pris en compte. Il accepte donc la donation en toute connaissance de cause. Pourtant, le grevé peut être victime de pressions lors de la donation. En outre, il ignore quelle sera la composition du patrimoine de son parent à son décès. S'il n'y a pas de biens existants au décès et que la chose donnée s'avère constituer la totalité de la masse de calcul de la réserve, le grevé peut être totalement privé de sa réserve. Ainsi, la réserve du grevé pourrait être éludée très facilement. Il faudrait envisager que l’acceptation n’intervienne que dans les conditions de la renonciation anticipée à l’action en réduction lors de la donation ou alors que cette acceptation puisse être donnée au décès du disposant afin que le grevé renonce à sa réserve en toute connaissance de cause et qu’il ne puisse plus faire l’objet de pressions.

En revanche, lorsque l’acceptation intervient postérieurement à la donation, elle doit intervenir dans les conditions prévues à l’article 930 afin de s’assurer que la volonté du grevé est sérieuse et éclairée.

Lorsque la charge a été stipulée dans un legs, l’acceptation est présumée mais le grevé a un an à compter de sa connaissance du testament pour demander que sa part de réserve soit en tout ou partie libérée de sa charge. Cette disposition va à l’encontre de la réserve. En effet, on ne peut présumer que le grevé accepte que sa réserve soit grevée d’une charge ; il faudrait au contraire, présumer que sa réserve soit libérée de la charge et qu’il puisse l’accepter s’il le souhaite.

172. La protection de la réserve des enfants du grevé - L’alinéa 4 de l’article 1054 indique en outre que « la charge portant sur la part de réserve du grevé, avec son consentement, bénéficie de plein droit, dans cette mesure, à tous les enfants nés ou à naître ». Cette disposition a été empruntée à « l'Offre de loi 559 ». Selon l’interprétation retenue par le rapporteur de la commission des lois de l’Assemblée nationale, il en résulte que l’accord du

grevé à voir sa réserve grevée d’une charge « ne peut être valablement donné que si l’acte prévoit de gratifier en second l’ensemble de ses propres enfants qu’ils soient nés ou non lors de la signature de l’acte». Toutefois, le texte de l’article 1054 n’est pas clair. Si l’on s’en tient à la lettre du texte, on peut penser que la présence des mots « dans cette mesure » signifie que le bénéfice de la charge de conserver et de transmettre est transféré aux enfants du grevé à concurrence seulement de la part de réserve du grevé à laquelle ladite charge s’est trouvée étendue par l’effet de l’acceptation de l’intéressé. Ainsi, le second gratifié initialement désigné conserverait vocation au disponible compris dans la donation. Pourtant, les travaux préparatoires laissent à penser que l’acceptation donnée en application du deuxième alinéa de l’article 1054 a pour effet de conférer à l’ensemble des biens ou droits donnés, c’est-à-dire sans distinguer entre part de réserve du grevé et fraction du disponible, la qualité de second gratifié aux enfants du grevé nés et à naître, excluant ainsi toute autre personne, même originairement désignée en cette qualité.

Il faut appliquer cette solution non seulement lorsque l’acceptation concerne la totalité de sa part de réserve comprise dans la donation mais aussi lorsqu’elle concernerait une fraction de cette part. En effet, cette solution est la plus respectueuse de la réserve des enfants du grevé puisque cette disposition a pour but de protéger les intérêts des enfants qui auraient dû recueillir la réserve du grevé et de déjouer une collusion entre le disposant et le grevé destinée à les priver de la réserve ; les descendants du grevé sont destinés à recevoir en nature les biens ou droits représentatifs de la part de réserve du grevé lorsque ce dernier a accepté que ladite part soit grevée de la charge graduelle.

560 HUYGUES S., rapport AN n° 3122, p. 56.
563 Exemple : Z souhaite consentir une donation graduelle à son fils A à charge de la transmettre à son frère B à son décès. A a une fille C. La succession de Z ne comprenant pas d’autres biens, Z demande à A de consentir à ce que la charge grève sa part de réserve. Toutefois, cette acceptation ne sera pas valable puisque le second gratifié n’est pas C.
On peut également se demander si cette règle ne devrait pas s’appliquer au légataire qui a laissé s’écouler le délai d’un an sans demander le cantonnement de sa charge puisqu’il n’a pas consenti expressément à ce que la charge porte sur sa part de réserve ⁵⁶⁴.

La liquidation de la succession en présence d’une libéralité graduelle s’annonce délicate.

B - Liquidation de la succession du disposant en présence d’une libéralité graduelle

173. Donation consentie à un présomptif héritier réservataire en avancement de part successorale - La libéralité opère par la volonté du disposant, deux transmissions successives et le second gratifié est censé tenir ses droits de l’auteur de la libéralité. Toutefois, les donations graduelles demeurent assujetties aux règles gouvernant les donations entre vifs en général.

Lorsque la donation graduelle est faite en avancement de part successorale, elle est imputable prioritairement sur la part de réserve du grevé. Ainsi, la charge graduelle est dépouvue d’effet à concurrence de la réserve du grevé sauf s’il accepte la charge dans les conditions de l’article 1054.

174. Donation graduelle consentie à un présomptif héritier réservataire hors part successorale - Lorsque la donation graduelle est consentie hors part successorale, la charge de conserver et transmettre est censée pouvoir s’exercer pleinement. Toutefois cette affirmation n’est pas si simple à

⁵⁶⁴ GRIMALDI M., « Les libéralités graduelles et les libéralités résiduelles : JCP N 2006,
exécuter. Tout d’abord, les conséquences de l’imputation ne seront connues qu’au moment de la liquidation. En effet, si des legs ou donations postérieurs ont été faits par le disposant, la quotité disponible pourrait être épuisée et la donation serait réductible. L’article 924 prévoit, dans ce cas, que le paiement de l’indemnité se fait en moins prenant et en priorité par voie d’imputation sur ses droits à réserve. Ainsi, le grevé se verrait privé d’une partie de sa réserve par la réduction et en outre, conserverait une libéralité grevée d’une charge de conserver et transmettre. Il a été proposé, pour pallier cette situation, de considérer que, bien qu’ayant été consentie hors part, la libéralité graduelle soit réputée avoir fourni sa part de réserve afin que le grevé puisse se prévaloir de l’article 912 et demander le dégrevement de la libéralité graduelle de la charge de conserver et transmettre. Cette solution, même si elle n’a pas été prévue par le législateur, doit être retenue puisque le grevé doit recevoir sa réserve libre de toute charge.

175. **Cantonnement de la charge graduelle** – Une fois le donateur décédé, le donataire grevé, gratifié par une libéralité graduelle en avancement de part successorale peut, après avoir procédé à l’imputation de cette donation, en application de l’article 919-1, avoir constaté que la donation lui fournissait à la fois sa part de réserve et une fraction du disponible. Dans ce cas, il lui faudra procéder à un cantonnement c’est-à-dire déterminer le ou les biens ou droits objets de la donation qui seront réputés constituer l’assiette de sa part de réserve et celui ou ceux réputés constituer l’assiette de la fraction du disponible inclus dans la donation. Une fois cette constatation opérée et si la charge grève la réserve, alors le grevé devra se prévaloir de l’action en réduction afin d’obtenir sa réserve libre de charge. Si les héritiers du grevé viennent à la succession du disposant par représentation, ils devront prendre l’initiative du cantonnement. La charge n’est en aucun cas libérée automatiquement. Toutefois, le cantonnement n’est possible que lorsque la libéralité graduelle est constituée de plusieurs biens divisibles. Lorsque le

---


180
bien transmis n’est pas divisible, le cantonnement ne pourra se faire en nature. Plusieurs solutions ont été proposées : tout d’abord, considérer que la charge graduelle se trouve entièrement caduque dès le décès du disposant ou encore fractionner la propriété du bien en quotes-parts et enfin que le principe de la réserve en valeur laisse à penser qu’on puisse individualiser les droits par une répartition du prix du bien. La Cour de cassation a eu à connaître de cette difficulté et avait admis qu’en présence de biens indivisibles, la protection de la réserve héréditaire implique que la charge disparaissait pour le tout. Ainsi, on peut penser que malgré la loi de 2006, le principe demeure celui de la disparition complète de la charge en raison de la protection de la réserve héréditaire.

176. Prédécès du grevé - En revanche, lorsque le grevé décède avant le donateur, la donation graduelle va se transmettre au second gratifié alors même que ces opérations n’ont pas eu lieu et que la vérification du secteur d’imputation de la donation graduelle n’a pu être faite. Si le grevé laisse des héritiers ayant vocation à le représenter, ceux-ci pourraient se prévaloir de la réserve de leur auteur. Toutefois l’article 1048 du Code civil ne distingue pas et dispose que, dès le décès du grevé, l’ensemble des biens et droits, objets de la donation graduelle sont transmis au second gratifié. Dans ce cas, il est nécessaire de considérer que la charge continue de grever le bien jusqu’au moment du décès du disposant afin de vérifier que les représentants du grevé sont bien remplis de la réserve du grevé dans la succession du

---

disposant\textsuperscript{572}. Ainsi les héritiers réservataires du grevé pourront déterminer l’assiette de la part de réserve dans la succession du donateur par le biais d’un cantonnement afin de libérer la charge graduelle et le second gratifié recouvrera alors ses prérogatives sur les biens formant l’assiette du disponible.

Qu’en est-il de la liquidation de la succession du disposant ayant consenti une libéralité résiduelle ?

C– Liquidation de la succession du disposant en présence d’une libéralité résiduelle

177. Donation résiduelle consentie à un présomptif héritier réservataire -
Selon l’article 1059 alinéa 3, lorsque le premier gratifié est héritier réservataire alors il conserve la possibilité de disposer entre viés ou à cause de mort des biens donnés en avancement de part successoriale. En l’absence de précision dans l’article 1061 du Code civil, l’article 1054 n’est pas applicable aux libéralités résiduelles. Ainsi, la charge de transmettre ne peut être stipulée sur la réserve du premier gratifié. Toutefois, on peut se demander quel va être le sort de cette libéralité résiduelle lorsque le premier gratifié n’a pas usé de sa faculté de disposer à titre gratuit. Doit-on exclure totalement l’obligation de transmettre au second gratifié et considérer que le bien rentre dans la succession du premier gratifié ou doit-on considérer que le second gratifié conserve quand même sa vocation à recueillir les biens ou droits dont il s’agit ? La doctrine majoritaire considère que, comme les héritiers du premier gratifié n’ont pas qualité à demander le cantonnement de la réserve de leur auteur, l’obligation de transmettre le résidu est conservée. La raison invoquée est que cette règle vise à protéger la part de réserve du premier gratifié dans la succession du disposant ce qui est le cas

dès lors que le premier gratifié peut disposer à cause de mort, librement du bien.573

Lorsque la donation résiduelle s’impute subsidiairement sur la quotité disponible alors l’article 1059 alinéa 3 peut poser difficulté. Doit-on interpréter littéralement cet article ? Il paraît plus judicieux de considérer que seule la part de réserve a vocation à être libérée de la charge. On ne voit pas pour quelle raison l’obligation de transmettre devrait être écartée pour la quotité disponible.574 Il serait en outre injuste que la charge tombe seulement parce que la donation est qualifiée d’avancement de part successorale alors qu’elle s’impute sur la quotité disponible. Enfin, la jurisprudence avait jugé dans le sens de cette solution pour le legs de residuum.575

178. Libération de la réserve par un cantonnement - Au décès du donor, le premier gratifié, héritier réservataire, peut libérer sa part de réserve de l’obligation de transmettre en procédant à un cantonnement destiné à déterminer l’assiette de la part de réserve.576 Toutefois, en présence d’une donation résiduelle, le montant théorique de la part de réserve sera calculé conformément à l’article 922 soit en tenant compte des biens et droits aliénés par le premier gratifié avant le décès du donateur. Ainsi, le cantonnement ne pourra porter que sur des biens ou droits figurant encore dans le patrimoine du premier gratifié à la date du décès du donateur. Ces

biens ou droits pourraient-ils être affectés en priorité à la réserve du premier gratifié ? Une réponse positive s’impose\textsuperscript{577}.

Si la donation porte sur un bien unique et indivisible qui s’impute à la fois sur la réserve et sur la quotité disponible, il convient de se reporter à la discussion portant sur la libéralité graduelle\textsuperscript{578}.

\section*{179. Donation hors-part successorale - Lorsque la donation consentie hors part successorale est frappée de réduction, se pose le même problème que dans la donation graduelle. Si on reprend la solution évoquée, on considérerait que cette donation hors part a fourni sa part de réserve au grevé ce qui l’autoriserait à demander à disposer entre vifs ou à cause de mort du bien, objet de la libéralité résiduelle, conformément à l’article 1059 du Code civil\textsuperscript{579}. Toutefois, une difficulté se pose, en l’espèce : l’article 1059 ne vise que les donations en avancement de part successorale ce qui laisse à penser qu’il s’agit d’une omission du législateur.

Quelles seront les conséquences du décès du grevé sur la libéralité substitutive ?

D– L’ouverture des droits du second gratifié et la liquidation de la succession du grevé

Le moment de l’ouverture des droits du second gratifié pose la question de la liquidation de la succession du grevé.


\textsuperscript{578} Cf. infra n° 175.
180. **Date de l’ouverture** - Les droits du second gratifié s’ouvrent à la mort du grevé, conformément à l’article 1050 du Code civil. Le second gratifié, doit, pour bénéficier de la transmission, être en vie et en mesure de se prévaloir de sa vocation. La vocation du second gratifié peut s’éteindre si le donateur révoque la donation alors que le second gratifié ne l’a pas acceptée ou encore s’il subit une révocation judiciaire, s’il renonce à la donation et enfin s’il devient incapable de recevoir. En cas de pluralité de seconds gratifiés, si l’un d’eux meurt avant le grevé, ceux qui restent recueilleront l’ensemble des biens.\(^{580}\)

La transmission s’opère de plein droit lors du décès du grevé. Aucune formalité n’est nécessaire.

Selon l’article 1051, le second gratifié est censé tenir ses droits de l’auteur de la libéralité. Cela confirme que la libéralité graduelle est une double libéralité émanant du disposant : l’une qui bénéficie au grevé et s’exécute dans un premier temps, l’autre qui bénéficie au second gratifié et prend effet dans un second temps, sans toutefois effacer la période durant laquelle le grevé était propriétaire des biens même si les droits réels disparaissent à partir du moment où le second gratifié devient propriétaire en titre.

181. **Conséquences lors de la liquidation de la succession du grevé** - Les conséquences civiles de la libéralité graduelle sont particulières puisque le second gratifié est réputé tenir ses droits du disposant. Le second gratifié est un ayant-cause du disposant et non un successeur du grevé. Par conséquent, il ne subit ni rapport ni réduction dans la succession du grevé. La charge créé une succession anomale qui fait échapper le bien de la succession du grevé. Cela signifie que, même si la succession du grevé ne comprend aucun autre bien, le bien grevé n’entrera pas dans la masse de calcul de la réserve et de la quotité disponible et échappera totalement aux héritiers réservataires du

---


grevé. Ainsi, le disposant et le grevé peuvent, à condition que le bien, objet de la libéralité graduelle, ne constitue pas la réserve du grevé et ne soit pas soumis à l’exception de l’article 1054, faire totalement échapper ce bien de la réserve des descendants ou de son conjoint. Toutefois, cela participe de l’esprit des libéralités substitutives qui n’ont pour but que de donner une subsistance temporaire à une personne tout en destinant définitivement ce bien à une autre. Il en est de même lors d’une donation d’usufruit et de nue-propriété à deux personnes différentes. La première a vocation à jouir du bien uniquement.

182. Sort du passif – On peut se demander quel sera le sort du passif lié au bien. Ainsi, si le grevé procède à des travaux coûteux pour sauvegarder le bien, qui sera tenu de ce passif ? Est-ce que ses héritiers, qui verront le bien leur échapper en seront tenus ou suivra-t-il le sort du bien ? Le législateur est muet à ce sujet. Toutefois, on peut penser que le passif suit l’actif et que l’appelé sera tenu du passif relatif au bien.

183. Problèmes des améliorations ou dégradations apportées sur le bien par le grevé - Comment indemniser la succession du grevé de la modification de l’état des biens revenant au second gratifié alors que celui-ci est censé tenir ses droits du disposant et qu’il est étranger à la succession du grevé ? En effet, il devrait recueillir les biens dans le même état que lorsque le disposant les a transmis au grevé. Mais si des améliorations ont été apportées, le second gratifié devrait en indemniser la succession du grevé et inversement, le second gratifié pourrait prétendre à indemnité en cas de dégradation imputable au grevé car le grevé aurait alors agi en contravention de son obligation de conserver. La loi est muette sur ce point.

On peut rapprocher cette situation de la détermination du montant de l’indemnité de rapport ou de réduction. En effet, ces indemnités se calculent en fonction de l’état du bien au jour de la donation et de la valeur au jour de la succession et du partage. Ainsi, lors de la liquidation de la libéralité substitutive, il faudrait comparer l’état du bien à chaque transmission

Une indemnisation sur le fondement de l’enrichissement sans cause est également envisageable.

184. **Conclusion**– Bien que reposant sur une charge pouvant grever la réserve, le législateur a entouré les libéralités substitutives de dispositions protectrices de la réserve en refusant que le grevé puisse voir sa réserve grevée de cette charge sans son accord. Toutefois, cette affirmation est à nuancer puisque l’article 1054 permet que la charge grève sa réserve par un simple consentement du grevé dans l’acte de donation et en présumant l’acceptation de la charge à l’issue d’une année dans le cas des legs. Il aurait été utile de prévoir un formalisme analogue à la renonciation anticipée à l’action en réduction puisque la charge peut avoir les mêmes conséquences qu’une renonciation anticipée à l’action en réduction. En outre, il s’avère difficile de savoir, avant le décès du disposant, si la libéralité substitutive grèvera la quotité disponible ou la réserve. Par conséquent, le risque est que le grevé fasse comme si le bien n’était pas grevé de la charge, pensant qu’il grève sa réserve, et qu’au décès du disposant, les actes consentis aux tiers soient anéantis ; ou à l’inverse, qu’il s’empêche de disposer du bien alors qu’il fait partie de sa réserve.

Afin de permettre l’anticipation de la succession, les derniers pactes successoraux créés par la loi du 23 juin 2006 sont les pactes de renonciation. Ceux-ci permettent de renoncer par anticipation à sa réserve ou à son action en réduction.

---

583 MATHIEU M., Juris-classeur Notarial Formulaire, *V° DONATIONS ENTRE VIFS –*
Section III – Les pactes de renonciation

185. Plan - Nous avons déjà relaté l’importance des successions contractuelles et des renonciations anticipées à la succession de son auteur dans l’ancien droit. Ces renonciations avaient pour but de transmettre le patrimoine au fils aîné afin de conserver la fortune dans la main d’un seul. La Révolution, puis le Code civil ont choisi de prohiber strictement ces pactes de renonciation pour conserver l’égalité entre les enfants et disperser les biens. Ainsi, l’héritier réservataire pouvait toujours renoncer à sa part de réserve héréditaire, une fois son droit acquis et la succession ouverte, en s’abstenant d’agir en réduction des libéralités excessives. Toutefois, il n’était pas possible d’y renoncer par anticipation, dès avant le décès du de cujus, puisqu’il s’agissait d’un pacte sur succession future prohibe\textsuperscript{584}.

Le législateur de 2006 a considéré que cette exception ne se justifiait plus aujourd’hui. En effet, les renonciations anticipées peuvent rendre plus de services qu’elles n’ont d’inconvénients. Elles donneraient la liberté au de cujus d’organiser la transmission de son patrimoine par anticipation lorsque cette volonté s’accorde avec celle de l’ensemble des héritiers réservataires\textsuperscript{585} et de sécuriser les libéralités en garantissant au disposant que la libéralité ne sera pas remise en cause par une action en réduction. Cette liberté est accordée au de cujus sous couvert de solidarité familiale puisque elle lui donne la possibilité d’aider un héritier en situation de faiblesse comme un enfant handicapé par exemple. Les considérations économiques entrent également en ligne de compte puisque ces pactes peuvent faciliter la transmission d’une entreprise. Enfin, le législateur s’est appuyé sur les législations suisses et allemandes dans lesquelles de telles renonciations à la réserve existent depuis longtemps.

Ainsi, le législateur crée deux nouveaux pactes de renonciation : la donation-partage transgénérationnelle (§ I) et la renonciation anticipée à l’action en réduction (§ II).

\textsuperscript{584} Cela a été plusieurs fois rappelé par la Cour de cassation : voir notamment Cass. Civ., 16 septembre 1940 : DH 1940, p. 173.
\textsuperscript{585} CLÉMENT, \textit{Doc. AN} n° 2427, p. 4 et 23.
Ces pactes sont tous fondés sur le principe de la renonciation d’un héritier à la succession non encore ouverte de l’un de ses parents\textsuperscript{586}. Même si le législateur de 2006 a entouré ces actes de précautions, celles-ci paraissent bien vaines lorsqu’on étudie de manière approfondie ces mécanismes.

§ I - La libéralité-partage transgénérationnelle : la renonciation à la réserve par un pacte successoral de famille

\textbf{186. Plan} - Avant la loi du 23 juin 2006, on ne pouvait gratifier que ses descendants par donation-partage. Par exception, lorsqu’une entreprise était incluse dans la donation-partage, il était possible d’y faire participer un tiers. L’élargissement de la donation-partage était ardemment souhaité par les praticiens. Il n’était en effet possible de gratifier ses petits-enfants qu’au moyen de donation ordinaire, hors part successorale et par conséquent dans la limite de la quotité disponible. En raison de l’allongement de la vie et de l’âge avancé auquel les enfants héritent, il a été estimé souhaitable de raccourcir la chaîne des transmissions en permettant de gratifier les petits-enfants sur la réserve de leur auteur.

La loi du 23 juin 2006 a étendu la donation-partage à tous les héritiers présomptifs du \textit{de cujus} et a autorisé les donations-partages transgénérationnelles, créant ainsi un pacte successoral familial. Cet élargissement de la donation-partage répond aux mêmes impératifs que la renonciation anticipée à l’action en réduction, à savoir la renaissance de la succession contractuelle et l’allotissement de la génération qui en a besoin.

La donation-partage qui va nous retenir est la donation-partage transgénérationnelle puisque celle-ci s’affranchit des règles de la réserve en permettant de renoncer à sa part de réserve au profit de ses descendants. Il conviendra d’en étudier les conditions (A) et les effets notamment sur la réserve (B).

A - Conditions de la donation-partage transgénérationnelle

187. **Plan** - La donation-partage transgénérationnelle obéit à des règles spécifiques. Ses acteurs sont limités (1) tout comme son support (2) tandis que l’objet du partage (3) est étendu par rapport à la donation-partage ordinaire.

1 – Les acteurs de la donation-partage transgénérationnelle

188. **Donateur** - Conformément à l’article 1078-4 du Code civil, le donateur ne peut être qu’un ascendant. Ainsi, la donation-partage transgénérationnelle ne peut intervenir en ligne collatérale voire ascendante.

Le donateur doit avoir la capacité de consentir une donation-partage ordinaire.

189. **Donataire** – Alors que la donation-partage ordinaire peut avoir lieu en faveur de tous présomptifs héritiers, la donation-partage transgénérationnelle ne peut être conclue qu’au profit de ses descendants. Toutefois, afin de pouvoir gratifier différentes générations de descendants, ceux-ci n’ont pas besoin d’être présomptifs héritiers du donateur même si la donation-partage transgénérationnelle exige que le disposant ait un enfant toujours vivant et qu’il gratifie un descendant de cet enfant\(^{587}\). En outre, la condition essentielle est que cet enfant consent à céder sa place au profit de son enfant conformément à l’article 1078-4 du Code civil.

---

\(^{587}\) En effet, la donation-partage gratifiant des enfants et petits-enfants venant en représentation d’un enfant prédécédé est ordinaire et pas transgénérationnelle.
Il est possible de réaliser une donation-partage transgénérationnelle n’allotissant qu’une seule souche conformément à l’article 1078-5 soit un enfant et ses descendants à l’exclusion des autres enfants et descendants.

Si un donataire est mineur, le représentant légal de celui-ci peut accepter à sa place, la donation-partage transgénérationnelle. Toutefois, si le représentant légal est également partie à la donation-partage, il y aura un conflit d’intérêt. Dans ce cas, l’autre parent peut accepter la donation. En revanche, si le parent s’est effacé dans la donation-partage transgénérationnelle, il peut accepter la donation-partage transgénérationnelle en faveur de son enfant mais si une charge est stipulée, la désignation d’un représentant ad hoc sera nécessaire.

2 – Support de la libéralité-partage

190. Une donation-partage – La libéralité-partage transgénérationnelle peut avoir pour support une donation-partage. Cela ne pose pas de difficulté s’agissant d’un contrat entre les parties. En revanche, on peut s’interroger sur la validité du testament-partage transgénérationnel.

191. Validité du testament-partage transgénérationnel ? - Lors de la promulgation de la loi du 23 juin 2006, la majorité de la doctrine soutenait que le testament-partage ne pouvait être transgénérationnel. En effet, deux arguments militaient en ce sens. Tout d’abord, les articles 1079 et 1080 relatifs au testament-partage n’opèrent aucun renvoi aux règles spéciales applicables aux donations-partages faites à des descendants de degrés différents prévus aux articles 1078-4 à 1078-10. En outre, le testament-partage est un acte unilatéral et il paraît difficile d’y appliquer le régime de la donation-partage transgénérationnelle, laquelle requiert l’accord de l’enfant qui s’efface. Il


Malgré l’apparente validation du testament-partage transgénérationnel dans cet arrêt, il faut n’y voir qu’un testament-partage intergénérationnel. En effet, le testament-partage ordinaire ne laisse que deux choix à l’héritier présomptif : accepter la répartition décidée par le testateur ou refuser la succession, en ce compris sa réserve. Il ne peut, comme dans le testament ordinaire, répudier la succession testamentaire au profit de la succession légale. En l’espèce, la décision ne portait que sur la validité du testament et sur la demande de délivrance des legs particuliers. Ni la Cour d’appel ni la Cour de cassation n’ont examiné une éventuelle atteinte à la réserve héréditaire,
laquelle est protégée par l’action en réduction qui doit être intentée après la
délivrance des legs. Ainsi, on ne peut voir, dans cet arrêt, la validation du testament-
partage transgénérationnel.

En outre, valider le testament-partage transgénérationnel signifierait qu’un enfant
pourrait découvrir le jour de l’ouverture du testament que sa réserve est attribuée à
ses propres enfants et qu’il n’a pas d’autre choix que d’accepter cette répartition.
Cela paraît douteux puisque le testament est un acte unilatéral tandis que la donation-
partage transgénérationnelle est un pacte de famille, fruit d’un accord entre les
parties. En aucun cas, on ne peut priver un héritier réservataire de sa réserve sans son
accord exprès. Ainsi, il ne paraît pas possible d’appliquer les règles de la donation-
partage transgénérationnelle au testament-partage⁵⁹¹.

192. Le formalisme de la donation-partage transgénérationnelle – La
donation-partage transgénérationnelle nécessite l’accord de l’enfant qui
s’efface afin que les lots attribués à ses enfants soient pris sur sa part de
réserve. Ce consentement s’appariente à une renonciation anticipée à l’action
en réduction car elle constitue un pacte sur succession future en permettant à
un enfant de consentir à attribuer ses droits à réserve à ses propres enfants
dans la succession non ouverte d’un ascendant. On peut se demander
pourquoi le législateur n’a pas souhaité appliquer le même formalisme à la
donation-partage transgénérationnelle qu’à la renonciation anticipée à
l’action en réduction. Toutefois, les risques sont moindres dans la donation-
partage transgénérationnelle puisque le renonçant sait parfaitement à quoi il
renonce et qui est attribué à ses propres enfants. Il lui est loisible d’exiger une
contrepartie ou un allotissement à son égard dans la donation-partage. Ainsi,
il n’apparaît pas opportun d’appliquer les conditions de forme de la
renonciation anticipée à l’action en réduction à la donation-partage
transgénérationnelle.

⁵⁹¹ En ce sens, LEVENEUR L., « Les nouveaux visages des libéralités-partages » Le monde du
1186 ; GRIMALDI M., RTD. Civ. 2013, n° 1, p. 164 ; LE GUIDE C. R., JCP N 2013, 1060 ; DAURIAC L.,
Defrénos 2013, n° 5 p. 225.
Quel est l’objet du partage anticipé ?

3 – Objet du partage anticipé

193. **Biens donnés et partagés** - La donation-partage doit porter sur des biens présents appartenant au disposant et dont celui-ci a la libre disposition. Les biens doivent être divis, il n’est pas permis de procéder à une donation-partage portant sur des biens indivis. Toutefois, la donation-partage transgénérationnelle échappe à cette exigence en permettant la donation-partage de biens indivis puisque l’article 1078-6 précise que dans la donation-partage transgénérationnelle, le partage s’opère par souche. Ainsi, il serait possible d’attribuer des droits indivis dans un bien divis attribué à la souche.

Il est possible de faire porter la donation-partage transgénérationnelle sur des biens déjà donnés en y incorporant les donations antérieures. Cela présente trois avantages : tout d’abord, cela permet que tous les biens donnés par le disposant soient évalués à la même date lors du contrôle de la réserve. Ensuite, le donataire qui accepte l’incorporation d’une donation en avancement de part est libéré du rapport. Enfin, cela permet de redistribuer les biens donnés à un enfant aux descendants de sa souche ou même de les faire changer de souche. Toutefois, il est nécessaire que le gratifié consent à la réincorporation de la donation.
194. **Un partage par souche** - La souche regroupe l’enfant et ses descendants. Ainsi, dans la souche, le donateur n’est pas tenu de respecter l’égalité ni en nature, ni en valeur, ni même par tête. L’ascendant donateur fixe des droits collectifs par souche et le partage se fait à l’intérieur de celle-ci. Toutefois, le partage par souche n’est qu’un passage transitoire vers l’octroi d’une part de réserve individuelle\(^593\).

B - Effets de la donation-partage transgénérationnelle

Il s’agit d’étudier la liquidation (1) et le respect de la réserve du renonçant (2).

1 – La prise en compte de la donation-partage transgénérationnelle dans la liquidation successorale

La prise en compte de la donation-partage transgénérationnelle dans la liquidation de la succession est spécifique au vu de sa particularité. En effet, elle concerne deux successions : celle du disposant et celle de l’enfant ayant renoncé.

---


195. La liquidation de la succession du disposant - Au décès de l’ascendant donateur, tout se passe comme si c’était l’enfant représenté qui avait été allotit par la fiction de la réserve par souche. Ainsi, les biens donnés aux petits-enfants s’imputent sur la part de réserve de leur auteur dans la succession du disposant. Cela permet d’utiliser les règles spécifiques de la donation-partage sans que tous les enfants du disposant aient reçu de lot dans la donation-partage transgénérationnelle. Toutefois, il faut que tous les enfants du disposant aient consenti à celle-ci. Le consentement est la condition incontournable.

En revanche, la réserve par souche pose une conséquence qui peut être dommageable : si la donation-partage doit être réduite pour atteinte à la réserve, la réduction sera infligée à l’enfant qui a cédé sa place. Ainsi, celui-ci prend le risque de devoir régler une indemnité de réduction sur des biens dont il n’a jamais profité.

196. Liquidation de la succession de l’enfant renonçant - Lors du règlement de la succession de l’enfant représenté, tout se passe comme si c’était de lui que ses enfants tenaient les biens reçus de l’ascendant donateur. Toutefois, s’agissant du titre en vertu duquel les petits enfants sont réputés ayant cause de leur auteur, la loi énonce un principe qu’elle assortit de deux tempéraments. Tout d’abord, le principe est que les lots reçus par les petits enfants sont, lors du règlement de la succession de l’enfant représenté, traités comme des donations ordinaires consenties par celui-ci en avancement de part successorale. Ce principe emporte deux conséquences : d’une part ces lots sont rapportables à la succession du de cujus pour leur valeur à la date

---

594 Article 1078-8 du Code civil.
du partage de celle-ci, selon les règles de l’article 860 ; d’autre part, pour le calcul de la réserve, ils sont fictivement réunis aux biens existants, et ce pour leur valeur à la date du décès, selon l’article 922. Le rapport rétablit entre les petits-enfants, au jour du partage de la succession, l’égalité que la donation-partage de leur aïeul avait pu rompre et la réunion fictive consolide les libéralités auxquelles leur auteur avait renoncé, leur réserve dans la succession de celui-ci leur étant fournie par les lots reçus de leur aïeul

Le premier tempérament est prévu par le 3ème alinéa de l’article 1078-9 lequel dispose que si tous les enfants du de cujus ont été allotis par leur aïeul, c’est la donation-partage transgénérationnelle elle-même qui, lors du règlement de la succession de leur auteur, est réputée leur avoir été faite par ce dernier. Cela emporte deux conséquences. D’une part, les lots ne sont pas rapportables à sa succession puisqu’une donation-partage n’est jamais rapportable à la succession du donateur. D’autre part, s’il n’avait pas été stipulé de réserve d’usufruit sur une somme d’argent, les biens sont évalués pour le calcul de la réserve, non pas à la date du décès du de cujus mais à celle de la donation-partage. Ainsi, on retrouve dans ce cas tous les avantages d’une donation-partage.

Toutefois, ce tempérament peut diminuer la liberté de disposer à titre gratuit de l’enfant représenté. Cette conséquence est à prendre en compte lors de la donation-

\[597\] Article 1078-9 du Code civil.

Prenons un exemple : par une donation-partage transgénérationnelle, X a gratifié un de ses deux petits-fils B d’une maison de famille d’une valeur de 500 000 euros. Au décès de leur père X, B doit rapporter la valeur de la maison à la succession de X. Cette maison vaut 1 000 000 d’euros au partage et il n’y a pas d’autres biens dans la succession. A sera donc créancier d’une indemnité de rapport de 500 000 euros ce qui aura permis de rétablir l’égalité.

\[599\] Exemple : par une donation-partage transgénérationnelle, Y a gratifié les deux fils A et B de son fils X. A et B ont reçu chacun une maison valant 500 000 euros. Au décès de X, la maison de A vaut 700 000 et la maison de B vaut 1 500 000 euros. Aucun rapport ne sera dû et pour le calcul de la réserve, la valeur des biens à retenir sera celle de la donation-partage soit 500 000 euros. Aucune indemnité de réduction ne sera due.
partage transgénérationnelle d’autant que ces calculs auront lieu de longues années après 600.

Le second tempérament est prévu par l’article 1078-10 : l’enfant représenté qui fait à son tour une donation-partage entre ses enfants peut y incorporer les biens compris dans la donation-partage transgénérationnelle et lors du règlement de la succession, c’est de cette donation-partage ordinaire faite par leur auteur que ses enfants sont réputés tenir les biens de leur aïeul. Cela emporte deux conséquences : aucun rapport ne sera dû à la succession et les biens que ses enfants ont reçus de leur aïeul seront pris pour leur valeur à la date de la donation-partage faite par leur auteur dès lors que celle-ci remplit les conditions requises par l’article 1078 pour le calcul de la réserve 601. Cette seconde donation-partage incorporant la première sera utile lorsqu’un des petits enfants n’aura pas été allotii par son aïeul ou insuffisamment 602.

Ainsi, le législateur a veillé à ce que la donation-partage transgénérationnelle ne devienne pas un instrument permettant d’exclure un petit-enfant par son parent, que cette exclusion soit volontaire ou involontaire 603. Il a également souhaité éviter que l’enfant représenté souffre, par son effacement, d’une diminution de son droit de disposer à titre gratuit. Or, ce serait le cas si ses enfants pouvaient ne calculer leur réserve que sur les biens lui ayant appartenu, en en excluant les biens de la donation-partage transgénérationnelle.

600 Exemple : Y a gratifié ses deux petits fils A et B d’une maison valant 200 000 euros. 30 ans plus tard, au décès de X, les maisons valent 1 000 000 euros. Il laisse également un appartement qu’il a légué à sa concubine et qui vaut 500 000 euros au jour du décès. La réserve sera calculée sur la valeur des maisons au jour de la donation-partage soit 2 × 200 000 + 500 000 = 900 000. La quotité disponible est par conséquent de 1/3 × 900 000 = 300 000. Le legs devra être réduit. Sans la donation-partage, la quotité disponible aurait été de 2 500 000 x 1/3 soit 833 333 euros et le legs n’aurait pas été réduit.

601 Et non à la date de la donation-partage transgénérationnelle comme dans le premier tempérament.

602 Exemple : Par une donation-partage transgénérationnelle, Y a gratifié le fils de X, B d’une maison valant 500 000, en omettant son autre petit-fils A. Plus tard, X décide de faire une donation-partage en incorporant la précédente. Il y allotii A d’une autre maison valant 1 000 000. La maison reçue par B y est évaluée pour 1 000 000 puisque sa valeur a augmenté avec les années. Au décès de X aucun rapport ne sera dû et pour le calcul de la réserve, la valeur retenue pour chaque maison sera celle au jour de la donation-partage soit 1 000 000.

2 – Les effets sur la réserve héréditaire des descendants

197. **La protection de la réserve héréditaire des descendants** - L’article 1078-8 dispose que les descendants d’une souche sont « *remplis de leurs droits selon les règles prévues par les articles 1077-1 et 1077-2.* » Or, l’article 1077-1 n’ouvre l’action en réduction qu’à l’héritier réservataire qui n’a pas été rempli de sa réserve dans la donation-partage. La transposition de cet article à la réserve par souche pose question. Trois interprétations sont possibles.

Tout d’abord, on pourrait penser que le groupe prévaut et que la totalité de ses membres devrait agir en réduction. Toutefois, cela paraîtrait difficile à mettre en œuvre lorsqu’un des petits-enfants a été allotii de la totalité au détriment des autres.

Selon la deuxième interprétation, on pourrait envisager que chaque descendant de la souche puisse agir individuellement en réduction. Mais la part de réserve individuelle ne correspond à aucune réalité juridique et le demandeur ne pourrait réclamer qu’une indemnité de réduction pour la souche.

La troisième analyse limite le bénéfice des articles 1077-1 et 1077-2 aux seuls descendants de la souche « appelés à la succession »⁶⁰⁴. Ainsi, la réserve par souche, utile dans la succession du disposant, s’efface pour devenir individuelle dans la succession de l’enfant renonçant. En effet, la donation-partage transgénérationnelle ne permet pas d’exclure, volontairement ou involontairement, un enfant. Au moment du règlement de la succession du renonçant, les biens reçus du disposant sont traités comme s’ils venaient du renonçant et la protection ordinaire de la réserve reprend sa place⁶⁰⁵. Ainsi, une répartition inégale entre les descendants n’a aucune incidence sur la succession du disposant mais ne prive pas les descendants de leur réserve dans la succession du renonçant. Cette interprétation doit être consacrée car elle offre la plus grande protection à la réserve.

---

⁶⁰⁵ Article 1078-9 du Code civil.
Ainsi, la donation-partage transgénérationnelle paraît être un véritable pacte de famille permettant de transmettre des biens aux petits-enfants tout en protégeant efficacement la réserve hérititaire de chaque héritier.

Le second pacte de renonciation créé par la loi du 23 juin 2006 est la renonciation anticipée à l’action en réduction, laquelle apparaît bien moins protectrice que la donation-partage transgénérationnelle.

§ II – La possibilité de renoncer par anticipation à l’action en réduction


La renonciation anticipée à l'action en réduction a été présentée comme un pacte de famille négocié permettant d’allier liberté d’anticiper sa succession par le de cujus et protection du réservataire. Toutefois, l’étude des conditions de la renonciation anticipée à l'action en réduction (A) et de ses effets (B) nous montre que la renonciation n’a rien à voir avec les pactes de famille négociés des droits suisses et allemands mais que la renonciation du renonçant a une portée excessive. La possibilité de révoquer la renonciation est, en outre, très limitée.

A – Le régime de la renonciation anticipée à l'action en réduction
199. **Plan** - La nature de la renonciation anticipée à l'action en réduction n’est pas définie de manière claire, ni par les textes ni par les travaux préparatoires\(^606\) (3). Ses acteurs (1) et ses conditions de fond et de forme, pourtant strictes, nous montrent qu’elle protège insuffisamment la réserve héréditaire (2).

1 – Les acteurs de la renonciation anticipée à l'action en réduction

200. **Plan** - La renonciation anticipée à l’action en réduction met en scène trois personnes : un renonçant (a), un bénéficiaire de la renonciation (b) et le *de cujus* (c).

\(a – Un\) renonçant à l’action en réduction

201. **Qualité du renonçant** – Le renonçant à l’action en réduction doit être un héritier réservataire présomptif. Ainsi, ne peuvent renoncer par anticipation à leur réserve que les descendants et, en l’absence de précision dans la loi, le conjoint survivant en l’absence de descendant\(^607\). Cette qualité s’apprécie au jour de la renonciation\(^608\).

La renonciation anticipée à l’action en réduction n’a pas d’incidence sur l’option successorale du renonçant. Il ne renonce en aucun cas à la succession du *de cujus* mais uniquement à demander la réduction des libéralités excessives. Le renonçant


\(^607\) Les travaux préparatoires sont contradictoires sur ce point puisque les rapports excluaient le conjoint survivant de la renonciation à l’action en réduction. Toutefois en l’absence de distinction dans la loi, on ne peut exclure le conjoint survivant de ce dispositif : *Cf. HUYGUE S.*, *Rapport AN* n° 2850, 8 février 2006, p. 256 et DE RICHEMONT H., *rapport Sénat* n° 343, p. 236.

\(^608\) Ainsi, il n’est pas permis au futur époux, ni à un héritier de rang subséquent de procéder à une renonciation anticipée.
garde ainsi son option de sorte qu’il peut, au décès, choisir de renoncer à la succession ou de l’accepter simplement ou à concurrence de l’actif net.

202. Renonciation anticipée à l’action en réduction et prédécès du renonçant- La renonciation anticipée à l’action en réduction est opposable aux représentants du renonçant conformément à l’article 930-5 du Code civil. Par conséquent, le renonçant ne renonce pas que pour lui-même mais aussi pour sa souche. Ainsi, s’il décède avant le *de cujus*, renonce ou se rend indigne, sa réserve est transmise grevée de la renonciation anticipée à l’action en réduction, conformément à la vocation familiale et collective de la réserve.609 Cette solution permet d’éviter qu’un enfant ne contourne le mécanisme de la renonciation à succession en renonçant au profit de ses enfants privant ainsi d’effet sa renonciation anticipée à l’action en réduction. L’opposabilité de la renonciation à l’action en réduction paraît conforme à la sécurité juridique et à l’efficacité de l’institution.610 Toutefois, cette solution paraît inopporunte. En effet, la réserve ne peut céder que par un acte positif et réfléchi du renonçant, ce qui n’est pas le cas en l’espèce puisque les représentants se trouvent privés de la réserve de leur auteur sans l’avoir décidé. En outre, le droit successoral admet que la représentation joue en faveur de l’enfant de l’indigne et du renonçant. Par conséquent, il paraît difficile d’accepter que les descendants du renonçant ne puissent le représenter et que sa renonciation leur soit opposable. La renonciation anticipée à l’action en réduction ne devrait être opposable aux descendants du renonçant que si ceux-ci ont également renoncé par anticipation à exercer leur action en réduction. Les exceptions à la réserve héréditaire ne peuvent être envisagées que strictement et ne peuvent être la conséquence du choix d’un tiers. Par conséquent, l’article 930-5 devrait être supprimé.

En revanche, il semblerait que certains descendants du renonçant ne soient pas tenus par la renonciation anticipée à l’action en réduction de leur parent. En effet, si l’on

609 Ainsi, imaginons que *de cujus* ait deux enfants : A et B. A renonce par anticipation à l’action en réduction en faveur de B. A décède en laissant un enfant C. Le *de cujus* légue la totalité de sa succession à B. B verra le legs entièrement délivré tandis que C ne pourra pas demander la réduction de la libéralité excessive.

202
suit la lettre du texte, les descendants venant de leur propre chef en raison d’une
unité de souche, et non pas par représentation, ne devraient pas être tenus par la
renonciation anticipée à l’action en réduction de leur auteur. Toutefois, admettre cette
solution et cantonner l’opposabilité de la renonciation anticipée à l’action en réduction
aux seuls représentants du renonçant compromettrait la sécurité du mécanisme en permettant à certains renonçants de passer outre leur renonciation
anticipée à l’action en réduction611. Il faudrait alors admettre l’opposabilité de la
renonciation anticipée à l’action en réduction au descendant venant de son propre
chef.

Toutefois, la volonté de sécurité juridique ne peut engendrer une telle conséquence à
l’égard des descendants du renonçant. La renonciation ne devrait jamais être
opposable aux descendants du renonçant, qu’ils le représentent ou qu’ils viennent de
leur propre chef.

En revanche, les cohéritiers du renonçant ne sont pas tenus par la renonciation612.

203. Capacité du renonçant – Le législateur a fait le choix d’une capacité
renforcée pour le renonçant. Ainsi, la capacité requise est celle exigée pour
consentir une donation entre vifs613 ce qui signifie que le majeur sous tutelle
et le mineur émancipé ne peuvent renoncer par anticipation et que le majeur
sous curatelle ne peut le faire qu’assisté de son curateur.

Le second acteur de la renonciation anticipée à l’action en réduction est le
bénéficiaire de celle-ci.

610 PIEDELIÈVRE S., op. cit., p. 452, § 402.
611 En ce sens, également WICKER G., « Le nouveau droit des libéralités : entre évolution,
révolution et contre-révolution » Dr. et Patr. 2007, n° 157, p. 74 ; BRENNER C., Juris-Classeur
Civil Code, V° SUCCESSIONS – Réserve héréditaire. Quotité disponible. Réduction des libéralités
excessives. – Renonciation anticipée à l’action en réduction, 2014, § 49
204. **Qualité du bénéficiaire** — La renonciation ne peut être faite qu’au profit d’un ou plusieurs bénéficiaires déterminés à peine de nullité\(^{614}\). Ainsi, seul ce bénéficiaire pourra se prévaloir de la renonciation anticipée à l’action en réduction. Ce bénéficiaire peut ne pas être nommément désigné mais il doit être déterminable\(^ {615}\). La renonciation peut également être faite au profit de plusieurs bénéficiaires soit de manière globale ce qui permet à chacun de profiter de la renonciation, soit pour une somme limitée\(^ {616}\).

La désignation du bénéficiaire, dans la renonciation anticipée à l’action en réduction, permet au renonçant de renoncer en considération d’une libéralité déterminée\(^ {617}\) et éviter ainsi les renonciations faites à l’aveugle qui pourraient être ensuite utilisées comme moyen de pression par le *de cujus*. Toutefois, on peut douter de l’efficacité d’une telle stipulation. En effet, le renonçant renonce en faveur d’un bénéficiaire mais pas forcément en faveur d’une libéralité donnée. Il est possible que le *de cujus* amène son héritier à renoncer au profit d’un bénéficiaire, en lui faisant croire qu’il renonce en faveur d’une libéralité précise mais sans préciser plus avant l’étendue de sa renonciation dans l’acte, et ensuite de le menacer d’exhérédation\(^ {618}\). Le *de cujus*

---

\(^{612}\) Ainsi, imaginons que X soit père de deux enfants A et B. A renonce à exercer l’action en réduction contre une libéralité adressée à la concubine de X. A décède sans postérité. Au décès de X, B pourra exercer l’action en réduction pour la totalité de sa réserve de moitié de la succession conformément à l’article 913 et ne sera pas tenu par la renonciation de A.

\(^{613}\) Article 930-1 du Code civil

\(^{614}\) Article 929 alinéa 1er du Code civil.


\(^{617}\) HUYGUES S., Rapport AN n° 2850, 8 février 2006, p. 256.

\(^{618}\) Pourtant, le rapporteur de la loi a précisé que « *la motivation conduisant un héritier réservataire à signer une RAAR doit être clairement fondée et juridiquement établie.* » HUYGUES S., Rapport AN n° 2850, p. 256.
possèdera alors un moyen de pression intolérable puisqu’il peut, ensuite, faire tous les donations ou legs qu’il souhaite, au profit du bénéficiaire. Ainsi, la protection du renonçant n’est absolument pas assurée par la désignation du bénéficiaire.

Il aurait été bien plus protecteur pour le renonçant de le faire renoncer pour une libéralité déterminée en imposant par exemple au renonçant de renoncer dans l’acte de donation ou dans le testament afin qu’il connaisse exactement l’étendue de son engagement.

En revanche, le bénéficiaire n’a pas à accepter la renonciation puisque son droit est issu de la libéralité qui lui est consentie par le de cujus et non de la renonciation.

Le dernier acteur de la renonciation anticipée à l’action en réduction est le de cujus.

c – Le de cujus

205. Qualité du de cujus – Le de cujus est la personne dont le renonçant a vocation à hériter. Ce de cujus doit accepter la renonciation. Ainsi la renonciation n’engage le renonçant qu’à partir du moment où elle est acceptée par le de cujus. Le législateur a souhaité que le de cujus accepte la renonciation afin de lui permettre de garder la maîtrise de sa succession en empêchant le renonçant de renoncer sous le coup de la colère ou encore d’être influencé par un frère ou une sœur. C’est, par conséquent, pour protéger le renonçant que le de cujus doit accepter sa renonciation. Toutefois, cette explication paraît peu convaincante. Il est probable, en effet, que la renonciation sera sollicitée par le de cujus afin de pouvoir prendre les dispositions successoriales qu’il souhaite. Afin d’assurer la protection du renonçant, il aurait mieux valu tenir le de cujus à l’écart de l’acte de
renonciation. Cette acceptation aurait été nécessaire si une contrepartie avait été promise par le *de cujus* afin qu’il accepte de la fournir.\(^{619}\)

L’acceptation peut avoir lieu à tout moment, avant le décès du *de cujus*.

La renonciation anticipée à l’action en réduction est un acte d’une gravité exceptionnelle en raison de ses conséquences inconnues par avance. C’est pour cette raison que le législateur l’a entouré de conditions de forme et de fond exceptionnelles mais insuffisantes pour protéger réellement le renonçant.

### 2 – Un acte grave nécessitant des conditions de fond et de forme strictes

**206. Plan** - La renonciation anticipée à l’action en réduction est un acte d’une gravité exceptionnelle puisqu’on peut craindre que le renonçant subisse des pressions l’incitant à renoncer. En outre, jusqu’au jour du décès, date à laquelle la renonciation pourra être évaluée, le renonçant ignore le montant de son engagement. Si la libéralité est antérieure à sa renonciation, il peut en avoir une idée. Mais si la libéralité est postérieure ou si le *de cujus* souhaite faire un legs au bénéficiaire, l’incertitude quant au montant de la renonciation peut perdurer jusqu’au décès du *de cujus*. Cette incertitude est également liée à la composition du patrimoine du *de cujus*, laquelle peut varier entre le moment de la renonciation et le décès du *de cujus*. C’est la raison pour laquelle, le législateur a entouré la renonciation de conditions de forme (1) et de fond (2) spécifiques à la renonciation lesquelles s’ajoutent aux moyens de protection traditionnels.

---

a - Des conditions de forme spécifiques

207. **Un acte authentique** – Lors des discussions parlementaires, il avait été proposé de soumettre la renonciation anticipée à l’action en réduction à une homologation judiciaire. Toutefois, en raison de son coût, sa lenteur et de son efficacité limitée, cette solution n’a pas été retenue. On a préféré soumettre la renonciation anticipée à l’action en réduction à une forme authentique. L’acte authentique doit, en outre, être reçu par deux notaires. En effet, la présence du seul notaire rédacteur n’a pas été jugée suffisante. Un second notaire, désigné par le président de la chambre des notaires, doit être présent afin de garantir une parfaite impartialité. En effet, cela permet d’éviter les risques de conflits d’intérêts puisqu’il est probable que le notaire de la famille soit, avant tout, celui du *de cujus*. Cela permet de s’assurer que le consentement du renonçant est réellement libre et éclairé.

Afin de remplir au mieux leur devoir de conseil, les deux notaires ne peuvent recevoir le renonçant que seul, afin que ce dernier ait la possibilité de poser toutes les questions qu’il souhaite et de mesurer précisément son engagement.

208. **Un acte séparé** – Outre la présence de deux notaires, la renonciation doit faire l’objet d’un acte séparé. Elle ne peut être incluse dans la libéralité pour laquelle le renonçant renonce à la réduction des libéralités excessives.

Toutefois, l’acte de renonciation peut contenir la renonciation de plusieurs héritiers réservataires, à condition que chaque renonçant soit reçu seul par les deux notaires. Par simplicité, on pourrait croire préférable de ne rédiger qu’une renonciation par bénéficiaire ; pourtant, en présence d’un pacte de famille négocié avec plusieurs renonçants, cette solution apparaît dangereuse. En effet, l’un des renonçants pourrait...
se rétracter avant de signer sa renonciation ou avant l’acceptation du de cujus alors que les autres ont déjà renoncé620.

Ces formes prescrites le sont à peine de nullité. Toutefois, elles ne sont requises que pour le renonçant. L’acceptation du de cujus n’a pas à revêtir de formes spéciales et peut résulter de toute manifestation de volonté explicite, voire implicite621.

Outre des conditions de forme contraignantes, l’acte doit respecter des conditions de fond spécifiques.

b - Des conditions de fond particulières

209. Un acte décrivant précisément les conséquences juridiques de la renonciation – L’acte doit décrire précisément les conséquences juridiques de la renonciation pour chaque renonçant622. Cette obligation est destinée à s’assurer que le renonçant prend toute la mesure de sa renonciation et éviter qu’il puisse invoquer un vice du consentement. Toutefois, cette obligation ne peut pas réellement remplir son but. En effet, la liquidation de la succession, comprenant le calcul de la réserve héréditaire et l’imputation des libéralités, ne peut avoir lieu qu’au jour du décès. Il n’est pas possible de connaître avant cette date la composition du patrimoine du de cujus et le nombre d’héritiers réservataires et par conséquent de présenter une information

---

620 Dans ce cas, le notaire rédacteur pourrait introduire dans l’acte une condition suspensive de renonciation par les autres réservataires afin que le renonçant soit libéré de son engagement dans le cas où les autres réservataires refusent d’honorer leur promesse : BRENNER C., Juris-Classeur Civil Code, V° SUCCESIONS – Réserve héréditaire. Quotité disponible. Rédaction des libéralités excessives. – Renonciation anticipée à l’action en réduction, 2014, § 42.


622 Article 930 du Code civil.
chiffrée\textsuperscript{623}. En outre, la renonciation a lieu en faveur d’un bénéficiaire mais pas dans l’optique d’une libéralité donnée. Sans connaître la libéralité, il paraît difficile de pouvoir informer le renonçant des conséquences de sa renonciation.

Ainsi, cette information ne sera qu’une litanie d’écrits et d’explications liquidatives, peu accessibles au profane, qui ne peut remplir son but. On ne peut la considérer comme une mesure de protection contrairement à ce que le législateur a souhaité.

\textbf{210. L’interdiction d’une contrepartie} – La renonciation ne peut créer d’obligation à la charge du \textit{de cujus} puisqu’il s’agit d’un contrat unilatéral. La seule obligation est celle prise par le renonçant de ne pas agir en réduction. Toute obligation supplémentaire constituerait un pacte sur succession future prohibé. Ainsi la renonciation doit être sans contrepartie. Le \textit{de cujus} ne peut s’engager à gratifier le renonçant. En effet, le législateur n’a pas souhaité permettre au renonçant de monnayer sa renonciation, en négociant une contrepartie, afin de sécuriser la renonciation anticipée à l’action en réduction puisque le non-respect par le \textit{de cujus} de son obligation aurait pu permettre au renonçant de demander la révocation de la renonciation. En outre, le législateur a souhaité sauvegarder la liberté de tester du \textit{de cujus}. Ainsi, sous couvert de protéger la liberté du \textit{de cujus}, le législateur a, au contraire, insécurisé la renonciation puisque son objet n’est pas déterminé et qu’il porte sur un droit futur impossible à déterminer\textsuperscript{624}. On ne peut, dans ces conditions, parler de pacte de famille et il faut déplorer cette interdiction d’une contrepartie\textsuperscript{625}. Les pactes allemands et suisses associent fréquemment engagement de renonciation et dispositions à titre gratuit ou contre-

\textsuperscript{623} Pour un exemple d’information voir HÉRAIL J., « L’information dans la renonciation anticipée à l’action en réduction », JCP N 2007, 1214.
prestations. Ainsi, la renonciation anticipée à l’action en réduction n’est traitée comme un pacte de famille qu’au niveau de sa formation en imposant l’acceptation par le *de cujus* tout en excluant un engagement de sa part. Or l’idée du pacte de famille impose un règlement global de la succession du *de cujus* tandis que la renonciation anticipée à l’action en réduction n’engage que le renonçant.

### 211. Interdiction d’une renonciation conditionnelle

- La loi exclut également que la renonciation anticipée à l’action en réduction soit conclue sous la condition d’un acte émanant du *de cujus*. Ainsi, le renonçant ne peut renoncer sous la condition suspensive ou résolutoire de recevoir une libéralité du *de cujus*.

En revanche, la renonciation peut être donnée sous la condition d’un acte émanant d’une autre personne. Il serait possible de renoncer sous condition suspensive qu’un autre héritier réservataire renonce ou que tous les réservataires renoncent.

### 212. La protection par les vices du consentement

- L’article 930-2 rappelle que la renonciation anticipée à l’action en réduction doit être exempte de vices du consentement. En effet, la renonciation anticipée à l’action en réduction est un acte qui paraît particulièrement sensible aux pressions familiales. Toutefois, cette précision est tout à fait inutile puisque la théorie des vices du consentement s’applique à tous les actes juridiques.

---

627 Seules deux hypothèses permettent de lier renonciation et engagement : tout d’abord, dans la donation-partage transgénérationnelle, il est possible d’inclure une renonciation implicite à agir en réduction contre ses enfants en consentant à ce qu’ils soient gratifiés à ses lieux et place et ensuite dans la libéralité graduelle en acceptant que la charge de conserver et transmettre grève sa réserve dans l’acte de donation.
628 Article 929 alinéa 3.
On peut penser que l’erreur sur la portée de la renonciation sera peu fréquente en raison de l’obligation d’informer le renonçant des conséquences de sa renonciation. En revanche, on peut douter qu’une erreur sur la personne puisse être invoquée : en effet, la personne du bénéficiaire n’est pas celle avec laquelle on a l’intention de contracter puisque nous sommes en présence d’un acte unilatéral. Toutefois, il est admis par les auteurs que cette erreur puisse malgré tout être source de nullité dans un acte unilatéral lorsqu’elle porte sur le bénéficiaire de l’acte\(^{630}\).

On peut également penser que le dol et la violence seront rarement utilisés. Les manœuvres et pressions dans un contexte familial consisteront plutôt en des pressions larvées ou des promesses de contrepartie. En outre, dans ce contexte, la frontière est mince entre le dol, la violence et la crainte révérencielle d’un ascendant\(^{631}\), laquelle est expressément exclue de la théorie des vices du consentement.

La preuve du vice pèsera sur le renonçant.

Le régime spécial de la renonciation anticipée à l’action en réduction invite à s’interroger sur la nature de cet acte.

c – Une nature discutée

La renonciation anticipée à l’action en réduction met en scène trois personnes tout en n’en engageant qu’une seule. Ainsi, la nature de cette renonciation est malaisée à définir.

---


\(^{631}\) Article 1114 du Code civil.
213. **Un contrat ?** – Certains auteurs qualifient la renonciation anticipée à l'action en réduction de contrat. En effet, l'article 929 énonce clairement que le renonçant n’est engagé qu’à compter du jour où celui dont il a vocation à hériter accepte cette renonciation. L’acceptation constituerait, dans ce cas, une condition de formation de la renonciation anticipée à l’action en réduction. Toutefois, ce contrat ne crérait d’obligation qu’à la charge du renonçant, ce qui permettrait de le qualifier de contrat unilatéral.

214. **Un acte unilatéral ?** - Toutefois, cet argument ne convainc pas la majorité de la doctrine qui préfère retenir la qualification d’acte unilatéral. Plusieurs arguments militent en ce sens. Tout d’abord, la renonciation, bien que devant être acceptée par le *de cujus*, n’a pas à être acceptée par son bénéficiaire. Ainsi, l’acceptation par le *de cujus* ne serait qu’une condition d’efficacité de l’acte et pas une condition de validité. En effet, la loi ne subordonne pas l’acceptation à des conditions de forme spécifiques, contrairement à la renonciation. L’acceptation peut être faite par tout moyen. Enfin, la renonciation ne crée d’obligations qu’à la charge du renonçant. La renonciation anticipée à l’action en réduction serait par conséquent une renonciation *in favorem*.

Il faut préciser que la renonciation anticipée à l’action en réduction n’est pas une libéralité. Le législateur a jugé bon de préciser que la renonciation anticipée à

---


637 Article 930-1 alinéa 2.
l'action en réduction n’a pas d’effet translatif afin d’éviter la taxation aux droits de mutation à titre gratuit.

Après avoir étudié les conditions de la renonciation anticipée à l'action en réduction, il s’agit d’en déterminer les effets.

B– Les effets de la renonciation anticipée à l'action en réduction : l’accroissement de la liberté de disposer du de cujus

215. **Plan** - La renonciation anticipée à l'action en réduction a pour effet d’accroître la liberté de disposer du *de cujus*. Toutefois, la doctrine ne s’accorde pas sur la portée de cette renonciation puisqu’elle propose deux méthodes de liquidation (1). Il faut également s’interroger sur ses effets quant au passif successoral (2).

1 – L’objet de la renonciation

216. **Limitation de la renonciation** – La renonciation peut porter sur une fraction de l’action en réduction ou encore la totalité de celle-ci. Elle peut également porter sur une libéralité déterminée.
Certains auteurs\textsuperscript{638} retiennent qu’il pourrait être établi un ordre de priorité entre les renonciations. Mais cet ordre de priorité ne pourrait être décidé qu’avec le consentement de tous les réservataires puisque cela modifie les droits et obligations de chacun\textsuperscript{639}.

217. Rapport et renonciation anticipée à l’action en réduction -
Lorsqu’une libéralité rapportable est adressée à un héritier réservataire, elle peut heurter les règles de la renonciation anticipée à l’action en réduction. En effet, le rapport a pour but de préserver l’égalité entre les héritiers en réintégrant dans la masse partageable les libéralités données par avance, sans dispenser de rapport. Sa finalité est, par conséquent, opposée à celle de la renonciation anticipée à l’action en réduction. Si l’on admettrait le rapport sur la libéralité bénéficiant de la renonciation anticipée à l’action en réduction, cela aurait pour effet d’anéantir la renonciation anticipée à l’action en réduction\textsuperscript{640}.


\textsuperscript{639} Nathalie LEVILLAIN N. pense que cela doit pouvoir être imposé par un seul réservataire. Toutefois, nous réfutons cette hypothèse puisque cela modifiait complètement la liquidation à l’insu des autres renonçants et réservataires.

\textsuperscript{640} Prenons un exemple : le \textit{de cujus} laisse deux enfants A et B. Il a souhaité transmettre son entreprise à A, qui a toujours travaillé avec lui. X a donc consenti à A une donation de l’entreprise d’une valeur de 300 avec stipulation expresse de rapport. La valeur et l’état du bien sont inchangés au décès. B a renoncé par anticipation à agir en réduction en faveur de A. Il n’y a pas de biens existants au décès.

En présence de deux héritiers réservataires, la réserve est donc de 2/3 et la quotité disponible d’1/3.

La masse de calcul de la réserve comprend les biens existants et la réunion fictive des dons : 300
Quotité disponible : 100
Réservation individuelle : 100
La donation de A s’impute sur sa part de réserve pour 100 puis subséquemment sur la quotité disponible qu’elle excède pour 100. A devrait par conséquent verser une indemnité de réduction à B mais ce dernier a renoncé à demander son indemnité de réduction. A devrait pouvoir conserver sa donation sans rien devoir verser à B. Toutefois, la renonciation à l’indemnité de réduction ne dispense pas A de son rapport.
La masse partageable comprend par conséquent : L’indemnité de rapport de A de 300. A et B ont droit à la moitié de la masse partageable soit 150 chacun. Par conséquent, la renonciation anticipée n’a eu aucun effet en l’espèce.
Plusieurs auteurs\footnote{Brenner C., Juris-Classeur Civil Code, V° Successions – Réserve héréditaire. Quotité disponible. Réduction des libéralités excessives. – Renonciation anticipée à l’action en réduction, 2014, § 72.} considèrent, par conséquent, que la renonciation anticipée à l’action en réduction écarte implicitement le droit au rapport afin de ne pas le priver d’efficacité mais uniquement pour le montant de l’indemnité de réduction. D’autres auteurs\footnote{Levillain N., « La renonciation anticipée à l’action en réduction », JCP N 2006, 1349.} retiennent que le renonçant a voulu lever tout obstacle à l’exécution et au maintien de la libéralité concernée et qu’il a accepté, en renonçant, d’être privé de sa part dans le disponible dans la mesure où cela obligerait le bénéficiaire à verser une indemnité de rapport. Mais cette interprétation ne nous paraît pas admissible car elle élargit l’objet de la renonciation anticipée à l’action en réduction.

218. Renonciation anticipée à l’action en réduction et inaptitude à la succession - Une autre question se pose : la renonciation à l’action en réduction conserve-t-elle ses effets lorsque le renonçant renonce à la succession, décède ou est indigne et qu’il n’a pas d’héritier le représentant ? Depuis la loi du 23 juin 2006, le renonçant n’est plus pris en compte pour le calcul de la réserve conformément à l’article 913 du Code civil. Ainsi, le renonçant n’a aucune part de réserve et corrélativement aucune action en réduction à laquelle renoncer\footnote{La solution aurait été moins évidente sous l’empire de la rédaction antérieure de l’article 913 puisque le renonçant faisait nombre dans la réserve : Cf. supra n° 90.}. Ainsi, cette renonciation déjoue les prévisions du défunt pour deux raisons : si le renonçant a reçu une libéralité antérieure à celle du bénéficiaire de la renonciation, celle-ci s’imputera sur la quotité disponible qu’elle diminuera d’autant. En outre, si un autre héritier
réservataire a renoncé, également, à son action en réduction par anticipation, sans limiter sa renonciation, il pourra ne rien recevoir dans la succession 644.

Il en est de même lorsque la succession est finalement dévolue aux cohéritiers du renonçant puisque ceux-ci ne bénéficient plus de la part de réserve du renonçant par voie d’accroissement 645.

En revanche, une difficulté se pose : qu’en est-il lorsque le renonçant a bénéficié d’une libéralité grevée d’une clause expresse de rapport ? Dans ce cas, pour les besoins de la liquidation, le renonçant est traité comme un héritier acceptant pour le calcul du nombre d’enfants laissés par le défunt pour la détermination du taux de la quotité disponible et l’imputation des libéralités et le calcul de la réduction. Toutefois, comme le renonçant n’est pas partie au partage, il faut comparer ce qu’il aurait reçu s’il n’avait pas renoncé avec la réduction due. Si la réduction est inférieure aux droits qu’il aurait du recevoir s’il n’avait pas renoncé, il peut conserver la donation. Dans le cas contraire, il doit indemniser ses cohéritiers. Dans le cas où la réduction qu’aurait due le renonçant est inférieure à ses droits, peut-on utiliser l’excédent pour imputer la donation du bénéficiaire en faisant comme si le renonçant n’avait pas renoncé ? En effet, la renonciation déjoue les prévisions du défunt puisque le renonçant conserve sa donation alors que le bénéficiaire de la

644 Prenons un exemple : le de cujus laisse deux enfants A et B. Le de cujus a fait une donation rapportable de 600 à A. Puis il a donné un bien d’une valeur de 600 à un tiers, X, dont la valeur et l’état sont inchangés au décès. A et B ont renoncé par anticipation à agir en réduction en faveur de X. A renonce finalement à la succession. Au décès, le défunt ne laisse pas de bien existant.
En présence d’un héritier réservataire, la réserve est donc de 1/2 et la quotité disponible d’1/2.
La masse de calcul de la réserve comprend les biens existants et la réunion fictive des donations : 600+600 = 1200
Quotité disponible : 600
Réserve individuelle : 600
La donation faite à A s’impute sur la quotité disponible qu’elle remplit sans l’excéder. La donation faite à X est donc entièrement réductible.
La masse à partager comprend l’indemnité de réduction de X soit 600. Toutefois, B a renoncé à demander son indemnité de réduction, il ne recevra donc rien.

Si A n’avait pas renoncé, la réserve individuelle et la quotité disponible aurait été de 1/3 soit 400. La donation de A se serait imputée sur sa part de réserve soit 400 puis sur la quotité disponible pour 200. La donation de X se serait imputée sur le surplus de la quotité disponible qu’elle aurait excédé de 400.
La masse partageable aurait composi : l’indemnité de rapport de A : 600 et l’indemnité de réduction de 400 soit 1000. Chaque enfant aurait du recevoir 500. Toutefois, comme ils avaient renoncé à exercer leur action en réduction, A aurait du verser 300 à B en raison de son indemnité de rapport. Ainsi B aurait reçu 300 contre 0 dans l’exemple précédent.
renonciation anticipée ne pourra pas conserver le bénéfice de la renonciation anticipée du renonçant. En outre, les cohéritiers sont avantagés par la renonciation du donataire car ils reçoivent la différence entre les droits qu’auraient dû avoir le renonçant et la valeur de sa donation.\footnote{Cf. supra n° 91.}

 Certains auteurs soutiennent que la libéralité du bénéficiaire de la renonciation anticipée à l'action en réduction pourrait s'imputer sur la part de réserve laissée libre du renonçant pour deux raisons : tout d'abord, l'engagement du renonçant étant irrévocable, cette interprétation permettrait de faire respecter cette irrévocabilité. Ensuite, l'article 845 dispose que le renonçant doit indemniser les cohéritiers acceptants dans la mesure « ou là valeur rapportée excède les droits qu'il aurait dû avoir dans le partage » ce qui invite à tenir compte de la renonciation anticipée à
l'action en réduction dès lors qu'elle a pour effet de diminuer cette part. Toutefois, ces arguments ne nous paraissent pas devoir être retenus car la loi ne prévoit pas la prise en compte du renonçant dans la renonciation anticipée à l'action en réduction mais seulement pour le rapport. Or, les exceptions doivent être interprétées strictement.

La méthode de liquidation de la renonciation anticipée à l'action en réduction n'est pas déterminée par le législateur, ce qui entraîne des hésitations.

646 Prenons un exemple : Le de cujus laisse deux enfants A et B. A a reçu une donation d'une valeur de 100 avec stipulation expresse de rapport nonobstant sa renonciation à succession. La valeur et l'état du bien sont inchangés au décès. Le de cujus a ensuite fait une donation de 400 à un tiers, X, dont la valeur et l'état sont inchangés au décès. A a renoncé par anticipation à agir en réduction en faveur de X. A renonce finalement à la succession. Au décès, les biens existants sont de 100. A ayant reçu une donation avec obligation au rapport malgré sa renonciation, il doit être traité comme un héritier acceptant pour la réunion fictive, l'imputation et le cas échéant, la réduction de la libéralité comprenant une stipulation expresse de rapport. La libéralité doit donc être réunie fictivement à la masse de calcul de la réserve et de la quotité disponible puis s'imputer comme une libéralité rapportable. En cas d'excédent, elle doit être réduite. En présence de deux héritiers réservataires, la réserve est donc de 2/3 et la quotité disponible d’1/3.

La masse de calcul de la réserve comprend les biens existants et la réunion fictive des donations : 100 + 400 + 100 = 600
Quotité disponible : 200
Réservedividuelle : 200
Si l’on considère que la renonciation anticipée à l'action en réduction de A est caduque du fait de sa renonciation : on impute d'abord la donation faite à A sur la part de réserve à laquelle il aurait eu droit, s’il n’avait pas renoncé, sans l’excéder. Il reste 100 dans sa part de réserve. Ensuite, la donation faite à X s’impute sur la quotité disponible laissée libre qu’elle excède de 200. Elle serait donc réductible pour ce montant. A ne doit donc pas d’indemnité de réduction.

La masse à partager comprend : les biens existants : 100, l’indemnité de réduction de X : 200 = 300 qui reviennent entièrement à B du fait de la renonciation de A. Ainsi, la renonciation de A profite à B puisqu'en l'absence de renonciation, la masse à partager aurait compris en plus l'indemnité de rapport de A soit 100 = 400 à partager entre les deux héritiers réservataires : 200 pour chacun. En outre, A n’aurait pu réclamer son indemnité de réduction à X, lequel n’aurait eu qu’une indemnité de réduction de 100 à régler à B.

Si l’on considère que l’on peut imputer la donation de X sur la part de réserve non utilisée de A:
La donation de A s’impute sur sa part de réserve, il reste 100. La donation de X s’impute sur la quotité disponible pour 200 puis sur la part de réserve restante de A soit 100. Il doit, par conséquent, une indemnité de réduction de 100.
La masse à partager comprend : les biens existants : 100, l’indemnité de réduction de X : 100 = 200 qui reviennent entièrement à B du fait de la renonciation de A. Ainsi, la renonciation de A ne profite pas à B.

2 – Une renonciation à la réserve ou à la réduction ? Le choix d’une méthode de liquidation

219. Plan - La doctrine ne s’accorde pas sur la liquidation de la renonciation anticipée à l’action en réduction. En effet, deux méthodes sont proposées : la méthode de l’imputation (a) et celle de la réduction (b). Il nous faudra retenir celle de la réduction (c).

a – La renonciation à invoquer une atteinte à la réserve ou la méthode de l’imputation
Selon une première opinion, en concluant une renonciation anticipée à l'action en réduction, le renonçant renonce à invoquer une atteinte à sa réserve héréditaire\(^{648}\). Trois arguments militent en ce sens.

220. **Les arguments tirés de la lettre de la loi** – Tout d'abord, les auteurs interprètent l’article 929 à la lumière de l’article 930-2. En effet, cet article précise que « la renonciation ne produit aucun effet s’il n’a pas été porté atteinte à la réserve héréditaire. Si l’atteinte à la réserve héréditaire n’a été exercée que partiellement, la renonciation ne produit d’effets qu’à hauteur de l’atteinte à la réserve du renonçant résultant de la libéralité consentie. Si l’atteinte à la réserve porte sur une fraction supérieure à celle prévue dans la renonciation, l’excédent est sujet à réduction. » L’article 930-2 contiendrait ainsi des règles d’imputation complétant les articles 919-1 et 919-2. On procéderait en premier lieu, aux imputations conformément aux articles 919-1 et 919-2 puis, si la libéralité excède la quotité disponible, il conviendrait de l’imputer en second lieu sur la part de réserve du renonçant ainsi qu’il est précisé dans l’article 930-2. L’atteinte à la réserve serait en effet déterminée lors de l’imputation des libéralités et pas au moment du partage\(^{649}\).

Ensuite, l’article 930-3, dans son deuxième alinéa prévoit que le renonçant peut demander la révocation de sa renonciation si au jour de l’ouverture de la succession, il est dans un état de besoin qui disparaîtrait « s’il n’avait pas renoncé à ses droits réservataires ». Le renonçant renoncerait ainsi à sa réserve héréditaire et à cette fin,

---


accepterait d’imputer la libéralité sur sa part de réserve puisque la conséquence de la renonciation à ses droits réservataires est une augmentation du disponible \(^{650}\).

Enfin, la loi, elle-même préconise d’imputer la libéralité sur la réserve du renonçant. En effet, L’article 929 contiendrait l’exception à l’article 920 puisqu’il précise que « la renonciation peut viser une atteinte portant sur la totalité de la réserve ou sur une fraction seulement ». On trouve d’ailleurs une autre exception dans l’article 1078-8 qui permet à un enfant de consentir à ce que ses propres enfants soient allotis par son ascendant et que leurs lots s’imputent sur sa part de réserve. Ainsi l’article 920 serait le principe dont les articles 929 et 1078-8 seraient les exceptions.

La totalité de la fraction réductible devrait alors être imputée sur la réserve du renonçant puisque la loi ne précise pas que la fraction réductible doit être divisée entre les héritiers réservataires \(^{651}\).

221. **L’argument tiré de l’esprit de la loi** - Outre l’argument textuel, les auteurs s’appuient sur l’esprit de la loi pour valider cette interprétation \(^{652}\). La renonciation anticipée à l’action en réduction a été créée afin d’éviter que le bénéficiaire de la libéralité ne soit tenu de verser une indemnité \(^{653}\). Or, en utilisant la méthode de la réduction, on réduit considérablement la possibilité pour le bénéficiaire d’être gratifié sans avoir à verser d’indemnité. En effet, il faudrait pour cela que tous les héritiers réservataires renoncent par anticipation à l’action en réduction ou que le renonçant soit enfant unique. Dans tous les autres cas, une indemnité de réduction serait due.


\(^{651}\) LEVILLAIN N., « La renonciation anticipée à l’action en réduction », JCP N 2006, 1349.


222. **Méthode de liquidation** – Ainsi, afin de calculer la renonciation, il faudrait procéder à une double imputation lors de la liquidation successorale. Tout d’abord, on imputerait la libéralité sur la quotité disponible, puis l’excédent serait imputé sur la part de réserve individuelle du renonçant. L’excédent serait alors sujet à réduction.

Il a été proposé de retenir la méthode de liquidation suivante\(^\text{654}\):

- Procéder aux calculs d’intégrité de la réserve et déterminer la réserve individuelle de chaque héritier réservataire.

- Calculer la valeur de la quote-part de réserve sur laquelle chaque héritier réservataire accepte l’imputation des libéralités consenties aux bénéficiaires de la renonciation.

- Calculer le total de la réserve sur lequel les libéralités consenties aux bénéficiaires peuvent s’imputer.

- Procéder aux imputations en imputant selon l’ordre légal et le secteur prévus par les articles 919-1 et 919-2. Si les libéralités consenties aux bénéficiaires de la renonciation anticipée à l’action en réduction excèdent la quotité disponible, il faut alors imputer subsidiairement l’excédent sur le total de réserve auquel les héritiers réservataires ont renoncé. Si les libéralités excèdent ce total de réserve, elles sont alors réductibles.

- Si les héritiers réservataires n’ont pas renoncé à la totalité de leur part de réserve ou si la renonciation est caduque pour partie, il faut alors calculer la quote-part de réserve individuelle leur restant.

- Enfin, lors de l’établissement de la masse partageable, les droits des héritiers réservataires sont déterminés en fonction de la quote-part de réserve qu’ils ont conservée.

L’autre méthode liquidative proposée est celle de la réduction.

---

b – La renonciation à sa quote-part d’indemnité de réduction ou la méthode de la réduction

223. Justification textuelle - Selon cette interprétation défendue par une partie de la doctrine\(^{655}\), la renonciation porte sur l’action en réduction uniquement.

Les auteurs se fondent, pour justifier cette méthode, sur les articles 929, 919-2 et 920.

Tout d’abord, l’article 929 précise dans son premier alinéa que tout héritier présomptif peut renoncer à exercer une action en réduction dans une succession non ouverte.

Ensuite, l’article 919-2 dispose que la libéralité faite hors part successorale s’impute sur la quotité disponible et l’excédent est sujet à réduction ; quant à l’article 920, les libéralités portant atteinte à la réserve ne sont réductibles à la quotité disponible que lors de l’ouverture de la succession.

On peut, par conséquent, déduire de ces trois articles que la libéralité excessive est réductible mais que le renonçant se prive de sa quote-part d’indemnité de réduction.

224. Conséquences liquidatives - Le renonçant se prive de réclamer la réduction de la libéralité adressée au bénéficiaire dans la mesure où elle est

---

réductible. Cette renonciation se matérialise au moment du partage, une fois la liquidation de la succession arrivée à son terme. La liquidation sera effectuée de manière classique, sans en modifier les impositions. Simplement, le notaire-liquidateur fera remise de la fraction d’indemnité de réduction due par le bénéficiaire de la libéralité et l’allotissement sera moindre pour le renonçant puisqu’il ne pourra pas prétendre à la fraction d’indemnité de réduction lui revenant. Ainsi, les héritiers réservataires auront tous les mêmes droits dans les biens existants mais pas dans l’indemnité de réduction éventuellement due.

225. **Exemple chiffré** – Afin de visualiser les différences entre ces deux méthodes, un exemple pratique a été rédigé par Nathalie Levillain. X décède en laissant pour lui succéder ses deux enfants A et B. Il lègue à Y des biens pour une valeur de 300 000. Son patrimoine comprend, outre les biens légués, des biens existants pour une valeur de 300 000. B a renoncé par anticipation à demander la réduction des libéralités consenties à Y.

226. Conformément à la méthode de l’imputation, il nous faut tout d’abord préciser les droits des héritiers réservataires avant de calculer la réserve et la quotité disponible puis de procéder à l’imputation du legs consenti par X.

*Droits des réservataires* : en l’espèce, viennent à la succession les deux enfants du *de cujus*, descendants qui sont donc héritiers réservataires sur le fondement de l’article 913 du Code civil. En présence de deux enfants, la réserve s’élève aux 2/3 des biens du disposant, le tiers restant constituant la quotité disponible.

*Calcul de la réserve et de la quotité disponible* : pour calculer la réserve et la quotité disponible, il faut reconstituer le patrimoine du *de cujus* tel qu’il aurait existé s’il n’avait pas consenti de libéralités, en fondant les évaluations sur la valeur des biens

---


657 Cet exemple est tiré de l’article de Nathalie Levillain, précité.
au jour de l’ouverture de la succession, soit au jour du décès. En application de l’article 922 du Code civil, la masse de calcul correspond alors en l’espèce à :

- biens existants évalués au jour de l’ouverture de la succession :

<table>
<thead>
<tr>
<th>Biens existants</th>
<th>600 000 €</th>
</tr>
</thead>
<tbody>
<tr>
<td>+ Réunion fictive des donations</td>
<td>0 €</td>
</tr>
<tr>
<td>- Passif</td>
<td>- 0 €</td>
</tr>
</tbody>
</table>

soit au total 600 000 €

Ainsi, la réserve s’élève à 2/3 x 600 000 = 400 000 €. La réserve individuelle s’élève au tiers de 400 000 soit 200 000 euros. La quotité disponible s’élève à 1/3 x 600 000 = 200 000 €. Nous pouvons alors procéder à l’imputation des libéralités :

**Imputation des libéralités** : pour vérifier que les donations consenties par le de cujus n’ont pas excédé la quotité disponible, il faut procéder à l’imputation des libéralités. Les donations font l’objet d’une imputation prioritaire, en procédant dans un ordre chronologique conformément à l’article 923. Sont ensuite imputés les legs concurremment.

Dans notre cas, il y a un legs que nous imputerons sur la quotité disponible conformément à l’article 919-2.

Le legs consenti à Y s’impute sur la quotité disponible qu’il épuise (300 000 – 200 000). L’excédent soit 100 000 euros sera alors entièrement imputé sur la part de réserve individuelle de B conformément à l’article 929 et à la méthode de l’imputation soit 100 000 – 200 000 = 100 000. La réserve individuelle de B n’est pas excédée, aucune indemnité de réduction ne sera due par Y.

Lors du partage, A recevra 200 000 de biens existants correspondant à sa réserve héréditaire et B recevra 100 000 de biens existants correspondant à sa réserve
héréditaire diminuée par sa renonciation à réserve. Y pourra voir son legs délivré entièrement.

227. Méthode de la réduction – Si l’on reprend le même exemple en appliquant la méthode de la réduction, la liquidation se fait de manière classique et le renonçant renonce uniquement à sa quote-part d’indemnité de réduction.

Le legs s’impute par conséquent sur la quotité disponible qu’elle épuise (300 000 – 200 000). L’excédent soit 100 000 euros sera alors réductible. Seul B a renoncé à son action en réduction pour la fraction qui lui appartient soit la moitié de celui-ci (100 000/2) soit 50 000 euros.

Lors de la liquidation, A recevra 150 000 de biens existants et 50 000 d’indemnité de réduction due par Y. B recevra 150 000 euros de biens existants correspondant à sa réserve diminuée de l’indemnité de réduction à laquelle il a renoncé. Y pourra voir son legs délivré à charge de verser une indemnité de réduction de 50 000 euros à A.
Ainsi, la méthode de l’imputation apparaît plus favorable à la volonté du de cujus. Mais pour parvenir à ses fins, elle s’affranchit des règles légales d’imputation et de réduction.658


Tout d’abord, les arguments textuels doivent être rejetés. Ainsi, les articles 919-1 et 919-2 précisent qu’après les imputations légales, « l’excédent est sujet à réduction. » Il n’est pas prévu que l’excédent soit imputé.

Ensuite, l’objet particulier de l’article 930-3 explique la formule employée. En effet, le législateur nous invite à comparer la situation du renonçant s’il n’avait pas renoncé avec la situation qui est la sienne à l’ouverture de la succession. Afin d’effectuer

---

658 *Exemple mettant en scène plusieurs libéralités et plusieurs renonciations* – Lorsque plusieurs renonciations ont été données successivement, chaque renonciation prend effet lors de l’imputation de la libéralité faite au bénéficiaire désigné dans la libéralité. Imaginons qu’Y laisse deux enfants A et B. Il a consenti une donation à C, fils de B d’un montant de 100 000 et fait un legs particulier en faveur de G sa concubine de 300 000. B a renoncé à demander la réduction de la libéralité en faveur de G. A a renoncé à demander la réduction de la libéralité en faveur de C. Au décès, la succession comprend, outre le legs, 200 000 de biens existants. La masse de calcul de la réserve comprend les libéralités et les biens existants au décès soit 300 000 + 100 000+200 000= 600 000. La réserve est de 2/3 en présence de 2 enfants et la quotité disponible de 1/3 ce qui donne une réserve globale de 2 / 3x600 000= 400 000 Une réserve individuelle de 400 000/2= 200 000
Une quotité disponible de 1/3 x 600 000= 200 000
Procédons à l’imputation des libéralités par ordre chronologique. La première à s’imputer est la donation faite à C. C’est une donation à un tiers, elle s’impute par conséquent sur la quotité disponible pour 100 000 (100 000-200 000 ) qu’elle n’épuise pas. La seconde libéralité est le legs en faveur de G. Il s’impute sur la quotité disponible qu’il épuise et excède de 200 000 (100 000 – 300 000 ). Il est réductible pour un montant de 200 000 qui doit être partagé entre chaque réservataire soit 100 000 chacun. A a renoncé à demander son indemnité de réduction en faveur de G, contrairement à B.
Au partage, A recevra le montant de sa réserve diminué de son indemnité de réduction soit (200 000 – 100 000 )= 100 000 qu’il prendra sur les biens existants.
B recevra le montant de sa réserve soit 200 000 dont 100 000 en biens existants et le surplus correspondra à l’indemnité de réduction versée par G.
G verra son legs délivré à charge de verser une indemnité de réduction de 100 000 à B.
cette comparaison, il faut mettre au jour les droits à réserve « perdus » par le jeu de
la renonciation. À cette fin, le législateur parle de « droits réservataires » 659.

Enfin, vouloir imputer la totalité de la libéralité sur la réserve du renonçant
contrarierait les caractères personnels et divisibles de l’action en réduction 660.
L’action en réduction appartient à chaque réservataire individuellement et pas
collectivement 661, contrairement aux arguments de ces auteurs.

L’argument textuel doit également être rejeté. Le législateur a souhaité encourager
les pactes de famille en permettant la renonciation anticipée à l’action en réduction.
Or, qui dit pacte de famille, dit que tous les enfants sont d’accord pour renoncer à
leur réserve héréditaire. Il paraît difficile de faire peser sur un seul enfant la réussite
de ce mécanisme d’autant que cette méthode encouragerait les renonciations en
faveur de l’enfant préféré. La fin ne peut justifier les moyens. C’est pourtant ce que
préconisent les auteurs favorables à cette méthode. Ils privilégient la volonté du de
cujus en omettant la protection du renonçant 662.

Le législateur a omis de légiférer sur certaines conséquences de la renonciation et
notamment sur la participation du renonçant au passif successoral.

3 - La participation au passif successoral

659 En ce sens, BRENNER C., Juris-Classeur Civil Code, V° SUCCESSIONS – Réserve héréditaire.
Quotité disponible. Réduction des libéralités excessives. – Renonciation anticipée à l’action en
réduction, 2014, § 57.
660 SAUVAGE F., « Les prolongements liquidatifs de la renonciation anticipée à l’action en
réduction – Retour sur une fâcheuse controverse » ; GRIMALDI M., op. cit. n° 824 ; TERRÉ F. et
LEQUETTE Y., Les successions, les libéralités, Dalloz, 3-édition, 1997 n° 1028.
661 En ce sens : TERRÉ F., LEQUETTE Y., GAUDEMET S., op. cit, p. 1082, § 1208.
229. La participation au passif du renonçant - Le législateur n’a pas prévu de renonciation correlative au passif successoral. En d’autres termes, le renonçant peut se voir privé de la totalité de son action en réduction mais pas de sa participation au passif, soit privé de tout droit dans la succession de son auteur et pourtant tenu *ultra vires successionis*.

En ce cas, le renonçant pourrait être tenté de renoncer à la succession pour mettre en accord sa contribution au passif avec l’actif dont il est privé par sa renonciation. Or, lorsqu’un héritier réservataire renonce à la succession, les libéralités rapportables qui lui ont été faites sont traitées en libéralités préciputaires et l’imputation sur le disponible pourrait contrarier les plans du *de cujus*. Le *de cujus* aurait-il la faculté d’utiliser l’article 845, laquelle permet d’exiger le rapport de la libéralité malgré la renonciation ? En effet, cet article prévoit que dans la liquidation, le renonçant sera compté au rang des réservataires, la donation sera imputée sur la réserve et le renonçant devra indemniser les héritiers acceptants lorsque le montant du rapport excèdera les droits qu’il aurait dû avoir dans le partage. En d’autres termes, la libéralité faite au renonçant devrait-être tenue pour rapportable malgré la renonciation à la succession pour l’imputation uniquement ou également pour le jeu de la renonciation anticipée à l’action en réduction ? On peut arguer que la loi ne l’a prévu qu’aux fins de l’exécution du rapport et que les exceptions étant de droit strict, on peut difficilement l’étendre à la renonciation anticipée à l’action en réduction. Pourtant, certains auteurs affirment le contraire puisque, d’une part, cela permettrait de faire respecter l’irrévocabilité de l’engagement pris par le renonçant et d’autre part, l’article 845 tient compte d’une éventuelle renonciation anticipée à l’action en réduction dès lors qu’elle a pour effet de diminuer sa part lorsqu’il dit que le renonçant doit indemniser les héritiers acceptants dans la mesure où *la valeur rapportée excède les droits qu’il aurait dû avoir dans le partage*663. » Pourtant, cette opinion ne peut être partagée. En effet, on ne peut faire dire à l’article 845 ce qu’il ne dit pas. En outre, il est permis à l’héritier réservataire de renoncer à son action en réduction par anticipation mais cela ne doit pas avoir pour effet d’obérer sa situation.

---

Le renonçant doit conserver un moyen de révoquer sa renonciation, même si cela contrarie les plans du *de cujus*.

C – La révocation de la renonciation anticipée à l’action en réduction

230. **Causes de révocation** - Le législateur n’a pas souhaité que le renonçant puisse revenir sur sa renonciation. Il a tout de même prévu trois causes de révocation à l’article 930-3.

Tout d’abord, la révocation de la renonciation peut être demandée lorsque le bénéficiaire de la renonciation s’est rendu coupable d’un délit ou d’un crime à l’encontre du renonçant. Cette cause de révocation n’est pas sans rappeler l’indignité successorale. Toutefois, contrairement à l’indignité successorale, l’article utilise des termes généraux et imprécis. On ne sait pas quelles sortes de délits peuvent être invoquées.

Ensuite, le renonçant peut demander la révocation de la renonciation lorsque le *de cujus* ne satisfait pas ses obligations alimentaires envers lui. Cette cause de révocation ne permet de prononcer la révocation qu’à concurrence des besoins du renonçant.

Dans ces deux cas de révocation, celle-ci n’a pas lieu de plein droit mais la demande doit être formée dans l’année à compter du fait commis par le bénéficiaire ou du jour où ce fait a pu être connu par ses héritiers.

Enfin, lorsque le renonçant se trouve, au jour de l’ouverture de la succession dans un état de besoin qui disparaîtrait s’il n’avait pas renoncé à ses droits réservataires. La révocation n’a pas lieu de plein droit mais doit être demandée dans l’année de l’ouverture de la succession.

Ainsi, la révocation est en lien avec les besoins alimentaires du renonçant.

---

663 BRENNER C., Juris-Classeur Civil Code, V° SUCCESSIONS – Reserve hérititaire. Quotité
231. **Dangerosité de la révocation** - La révocation est source d’insécurité juridique pour le gratifié mais surtout pour les tiers détenteurs. En effet, lorsque la renonciation est révoquée, le renonçant peut alors demander la réduction des libéralités excessives. Si le débiteur de l’indemnité est insolvuble, le renonçant peut alors revendiquer le bien entre les mains du tiers détenteur.

232. **Conclusion de la section** – Le législateur a ranimé les pactes de renonciation, en s’inspirant des pactes de famille suisses et allemands, dans le but de donner liberté au *de cujus* d’anticiper sa succession sans craindre une éventuelle réduction des libéralités excessives. Le premier pacte de renonciation créé par le législateur est la donation-partage transgénérationnelle. Celle-ci peut être qualifiée de pacte de famille puisqu’elle ne concerne que le *de cujus* et ses descendants. Elle remplit son but puisqu’elle permet de transmettre sa succession à ses petits-enfants, avec l’accord exprès de son parent qui renonce à sa part de réserve. Le parent qui s’est effacé prend peu de risque puisqu’il est créancier alimentaire de ses enfants. On peut, toutefois, regretter que l’enfant qui s’est effacé ne bénéficie ni du droit de retour conventionnel, ni de la révocation de la donation pour ingratitude.

En revanche, la renonciation anticipée à l’action en réduction est bien plus dangereuse puisqu’elle permet de renoncer par anticipation à son action en réduction en faveur d’un bénéficiaire tout en engageant, par cette renonciation, ses descendants. En outre, à l’exception des conditions de forme, son régime est très peu protecteur du renonçant puisqu’il interdit toute contrepartie ou renonciation conditionnelle et qu’il ne libère pas le renonçant du passif de la succession. Ainsi, la renonciation anticipée à l’action en réduction n’est pas un pacte de famille qui permet une anticipation globale de la succession mais à l’inverse un accord entre le *de cujus* et le renonçant afin que ce dernier renonce, sans aucune garantie, à son action en réduction. Le législateur a préféré la liberté du *de cujus* à la protection du renonçant.

*disponible. Réduction des libéralités excessives. – Renonciation anticipée à l’action en réduction,*
Il aurait été plus protecteur de s’inspirer des pactes allemands et suisses qui permettent un règlement global de la succession en incluant dans des pactes regroupant tous les héritiers, des donations et des renonciations à la réserve.
233. Conclusion du second chapitre

Le droit contemporain a choisi de rompre avec la conception égalitaire de la réserve héritée du droit révolutionnaire et du Code civil en donnant plus de poids à la liberté du *de cujus*. La volonté du *de cujus* s’exprime dans de nouveaux pactes sur succession future affaiblissant la réserve. Il est ainsi désormais permis au *de cujus* de priver ses héritiers réservataires de la gestion de la réserve à son décès en désignant un mandataire à effet posthume. Même si cette atteinte n’est que temporaire et limitée par un intérêt sérieux et légitime, elle attente à la réserve libre de charges. En outre, les héritiers ne peuvent renoncer au mandat qu’en vendant les biens successoraux ou en arguant de la disparition de l’intérêt sérieux et légitime. À défaut, il leur est impossible de se soustraire au mandat durant sa durée déterminée.

La volonté du *de cujus* s’exprime également dans le renouveau des pactes du droit coutumier. Les substitutions fiduciaires sont désormais nommées libéralités graduelles et résiduelles. Elles permettent de grever une libéralité d’une substitution privant le réservataire de la libre disposition de sa réserve. Même si le réservataire doit consentir à ce que la substitution grève sa réserve, le formalisme de ce consentement est très léger. En outre, en pratique, il s’avère qu’on ne pourra connaître le secteur d’imputation de la substitution qu’au décès du disposant alors que celui-ci ne pourra avoir lieu que de nombreuses années après la disposition.

Enfin, le *de cujus* peut procéder à des pactes de renonciation en demandant à un réservataire de renoncer par anticipation à son indemnité de réduction par une renonciation anticipée à l’action en réduction ou d’attribuer sa réserve à ses enfants lors d’une donation-partage transgénérationnelle. Ces pactes de renonciation ont été voulus par le législateur dans le cadre d’un accord global d’anticipation du règlement successoral. Mais, alors que la donation-partage transgénérationnelle remplit ce but, puisque la réserve à laquelle renonce le renonçant est attribuée à ses enfants, la renonciation anticipée à l’action en réduction ne peut être qualifiée de pacte de famille puisqu’elle repose uniquement sur un accord entre le *de cujus* et le renonçant.
en faveur d’un bénéficiaire désigné. En outre, son régime apparaît très peu protecteur du renonçant et de sa famille.

Ainsi, les nouveaux pactes créés par le législateur favorisent la liberté du *de cujus* au détriment de la protection des réservataires.
234. Conclusion du second titre

Depuis la Révolution, le rôle politique de la réserve héréditaire s’est inversé puisqu’il a eu pour but de promouvoir l’égalité des héritiers réservataires. Cette égalité n’avait pas qu’un rôle social mais servait également le pouvoir politique en dispersant les biens afin d’éviter le retour aux grandes familles puissantes de l’Ancien Régime. Ainsi, la Révolution, en réaction à la concentration des biens du droit coutumier, a introduit une égalité parfaite entre les héritiers réservataires. Toutefois, elle a rapidement fait machine arrière en pondérant cette égalité parfaite et en donnant plus de liberté au de cujus.

Le législateur du Code civil a conservé ces principes égalitaires et cette volonté de dispersion des biens en créant une réserve pars hereditatis. La réserve du Code civil n’est pas une créance obtenue par sa qualité d’enfant, comme en droit romain, mais une part de la succession, indisponible, dévolue aux héritiers réservataires acceptants. Cette part de la succession est un droit réel sur les biens de la succession en nature. En outre, le législateur du Code civil a prohibé strictement les pactes sur succession future à l’exception de ceux permettant de conserver une égalité parfaite entre les héritiers réservataires.

Le droit contemporain a choisi de rompre avec les idées égalitaires du Code civil au bénéfice de la liberté du de cujus en portant atteinte à la réserve héréditaire. En effet, la réserve héréditaire est apparue comme un frein trop important à la volonté du de cujus, ces dernières décennies. Pour cela, le législateur s’est inspiré, pour partie, des pactes sur succession future permis dans l’ancien droit coutumier.

La première atteinte à la réserve l’a été par le mandat à effet posthume, lequel permet de confier la gestion de la succession à un tiers, après son décès, dessaisissant ainsi les héritiers réservataires de la gestion de la réserve. Ce mandat a été voulu dans l’intérêt des héritiers puisqu’il est conditionné par l’inaptitude des héritiers en raison de leur incapacité ou de la difficulté à gérer les biens successoraux durant un temps déterminé. Toutefois, il peut être imposé aux héritiers qui ne peuvent s’en défaire
qu’en vendant les biens successoraux alors que sa durée déterminée peut être reconduite plusieurs fois. La volonté du mort prime ainsi celle du vivant.

La seconde atteinte à la réserve provient des libéralités graduelles et résiduelles, lesquelles permettent de grever une libéralité d’une charge de conserver et de rendre dans la libéralité graduelle ou de conserver dans la libéralité résiduelle. Même si le législateur a voulu protéger la réserve en prévoyant le cantonnement de la charge portant sur la réserve, certaines dispositions témoignent du dessein du législateur de faire primer la volonté du de cujus sur la protection de la réserve héréditaire.

Enfin, la dernière atteinte à la réserve est réalisée par les pactes de renonciation à la réserve héréditaire. Ce pacte peut être inclus dans une donation-partage transgénérationnelle ou dans une renonciation anticipée à l'action en réduction. Contrairement à la renonciation anticipée à l'action en réduction, la donation-partage transgénérationnelle allie efficacement volonté du de cujus et protection du renonçant puisque la renonciation a lieu au sein d’une donation-partage en faveur des enfants du renonçant. Ainsi, le renonçant sait exactement à quoi il renonce et en faveur de qui. Il peut également être allotté dans cette même donation-partage, s’il le souhaite.

En revanche, la renonciation anticipée à l'action en réduction apparaît extrêmement dangereuse pour le renonçant, lequel renonce, dans un acte spécifique, à exercer son action en réduction en faveur d’un bénéficiaire. Le régime de la renonciation anticipée à l'action en réduction, interdisant toute contrepartie ou renonciation conditionnelle, ne permet pas de véritable règlement global de la succession de manière anticipée, comme la donation-partage transgénérationnelle. A l’inverse, elle apparaît donner l’ascendant à la volonté du de cujus au détriment de la protection du renonçant réservataire.
235. **Conclusion de la première partie**

La réserve héréditaire a, de tout temps, joué un rôle politique permettant d’organiser la société et de conserver cette organisation. Toutefois, cette fonction politique n’a pas toujours poursuivi le même but.

Aux origines de la réserve héréditaire, celle-ci avait un rôle de conservation des biens dans la famille. La conservation des biens dans la famille, héritée de la féodalité, était très présente en droit coutumier. Elle permettait la transmission de la majeure partie des biens de la famille au fils aîné dans le but de conserver des familles aristocrates puissantes et des familles paysannes riches de terres. Plusieurs instruments permettaient cette transmission : tout d’abord, les biens nobles étaient transmis au fils aîné grâce aux privilèges d’aïnésse et de masculinité. Ensuite, les biens propres étaient conservés dans la famille par la réserve coutumièrre. Les pactes sur succession future, fréquemment usités, poursuivaient également ce but en formalisant l’exclusion des puînés et des filles de la succession de leur auteur.

Dans le droit contemporain, cette fonction politique de conservation des biens dans la famille n’existe plus que de façon résiduelle puisqu’elle n’est présente que dans les droits de retour. Toutefois, le régime de ces droits de retour fait que l’on peut affirmer qu’aucun droit de retour ne remplit le but qui lui est assigné.

Avec la Révolution française, ce rôle politique s’est inversé. L’inégalité engendrée par la conservation des biens dans la famille a été chassée au bénéfice de l’égalité révolutionnaire. Cette égalité n’était pas qu’idéologique mais elle servait également à disperser les biens familiaux afin d’éviter le retour aux grandes fortunes. L’égalité a été conservée dans le Code civil puisque la réserve a été introduite *pars hereditatis* engendrant une réserve en nature. La réserve en nature couplée à la prohibition des pactes sur succession future et des substitutions fidéicommissaires conservait l’égalité entre les réservataires et permettait la dispersion des biens familiaux.

Aujourd’hui, dans le droit contemporain, l’égalité apparaît comme un frein à la liberté de disposer. Les peurs du retour à l’ancien régime paraissent infondées et il semble important de redonner du poids à la volonté du défunt. Il semblerait toutefois que le législateur passe d’un extrême à un autre sans parvenir à trouver un équilibre.
entre la liberté du *de cujus* et la protection de la réserve. Les nouveaux pactes sur succession future créés par le législateur en sont la preuve. En effet, il est permis au *de cujus* de priver les réservataires de la gestion de la réserve, après son décès, en la confiant à un tiers. En outre, le *de cujus* peut également grever la succession d’une charge de conserver et de rendre. Enfin, un réservataire peut désormais renoncer à son action en réduction.

Cette volonté de donner une place plus importante à la liberté du *de cujus* s’intègre dans l’évolution des modèles familiaux. La multiplication des recompositions familiales et des familles différentes exige une réserve plus souple. La réserve permet également de structurer la famille et de la protéger en assumant un rôle social.
Seconde partie – La réserve et la famille : la fonction sociale de la réserve

236. **Plan** - Outre son rôle politique, la réserve a toujours eu un rôle social très marqué. Cette fonction s’articule autour de deux pôles. Tout d’abord, la réserve permet de structurer la famille en protégeant un modèle familial donné. Cette fonction de protection de la famille s’illustre particulièrement dans les sociétés privilégiant un modèle holiste de famille. Cette fonction a pourtant dû évoluer pour s’adapter aux nouveaux modèles familiaux et à une famille recentrée sur le couple et les enfants (Titre I).

Ensuite, la réserve assume une fonction sociale en assurant la subsistance des membres de la famille. La réserve apparaît comme la continuation de la créance alimentaire due par une personne à ses proches durant sa vie. Cette fonction alimentaire de la réserve a toujours existé. Aujourd’hui, la fonction alimentaire de la réserve tend à se développer puisque la réserve se modifie pour se rapprocher d’une créance alimentaire et que de nouveaux droits alimentaires concurrents de la réserve sont créés dans le droit des successions (Titre II).
Titre I – La réserve, un moyen de promouvoir un modèle familial

237. Plan - Du droit romain au XXe siècle, la famille relevait d’une conception holiste dans laquelle l’individu était assigné à une place dans l’ensemble social et n’était qu’un élément de cet ensemble. La famille constituait l’élément d’une pyramide dans laquelle le père de famille était le représentant d’une autorité s’imposant aux enfants et femme et au sommet de laquelle se trouvait l’autorité de Dieu ou de l’État. Dans cette conception, la seule famille concevable était la famille légitime fondée sur le mariage. La réserve héréditaire servait à assurer la prééminence de la famille légitime (Chapitre I).

Ce n’est qu’en 1972 que le législateur a abandonné le modèle holiste pour se placer dans une perspective individualiste se caractérisant par un passage de la référence au groupe à la référence à l’individu. Ce n’est plus la famille qui est la cellule de base de la société mais l’individu. La famille n’est plus qu’un réseau formé par les relations entre individus a posteriori. La conception individualiste a entraîné un recentrement autour de la famille nucléaire et une prise en compte de la famille hors mariage par la modification des bénéficiaires de la réserve (Chapitre II).

---

666 THÉRY L., Couple, filiation et parenté aujourd’hui, Le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée, éd. La documentation française, 1998, p. 16.
Chapitre I – La réserve, gardienne d’un modèle familial unique

238. **Plan** - A Rome, la protection de la famille légitime s’est manifestée par l’encadrement de la liberté testamentaire dans le but de pérenniser le modèle familial patriarcal du droit romain (Section I). Le Code civil a choisi de poursuivre cette voie au moyen d’une réserve héréditaire destinée à la famille légitime (Section II).

Section I - La liberté testamentaire encadrée, pilier de l’organisation familiale en droit romain

239. **Présentation** – Selon Caton, il était trois maux dont on devait se garder à Rome : le voyage par mer, le secret confié à une femme et le fait de mourir sans avoir rédigé de testament667.

A l’inverse de tous les autres peuples primitifs, les romains connaissent le testament dès l’origine de Rome et cet acte constitue le mode privilégié de dévolution. A Rome, il est malvenu de mourir sans avoir désigné son successeur : mourir *ab intestat* est une malédiction et c’est un honneur que d’être institué héritier par testament. Toutefois, dans la Rome primitive, cette liberté absolue, dans les textes, est limitée par des raisons morales et religieuses et par les conditions de formation du testament, permettant ainsi de conserver l’organisation familiale patriarcale (§ I).

À partir de l’époque classique, la société romaine change. D’une société rurale et patriarcale, Rome devient une puissance conquérante qui s’ouvre au monde. Les mœurs se délitent et les abus se multiplient. Toutefois, la famille continue d’être protégée par la prohibition des pactes sur succession future (§ II).

---

§ I – Le droit romain : la liberté testamentaire encadrée pour protéger l’organisation de la famille romaine

240. Plan - A Rome, le principe est, dès l’origine, celui de la liberté testamentaire laissant toute latitude au pater familias pour désigner son successeur. Toutefois, l’organisation de la famille romaine ainsi que l’importance de la religion dans la Rome primitive limitent en fait la liberté de tester (A) tout comme les conditions de formation du testament (B).

A – La liberté testamentaire limitée par la religion

241. Plan - La Rome primitive s’organise autour de la gens puis de la familia et leur préservation constitue le premier fondement politique de la réserve.

242. Présentation de l’organisation sociale à Rome - A l’origine de la famille romaine, dans la Rome primitive, se trouve la gens. Tous les membres de la gens descendent d’un même ancêtre masculin, portent le même nom et ont le même culte composé d’un culte à un dieu et d’un culte consacré aux ancêtres communs. La gens possède son propre territoire sur lequel elle vit en autarcie. Il existe une solidarité très forte entre ses membres. Un pater familias se trouve à la tête de la gens, choisi parmi les patres familias.

---

668 Le droit romain primitif est celui s’étendant de la fondation de Rome jusqu’à l’époque classique soit de 900 avant Jésus Christ au IIe siècle avant Jésus Christ.
669 On les nomme gentiles.
670 Apollon pour la gens Julia par exemple.
672 Ils étaient par exemple tenus de racheter l’un des leurs fait prisonnier de guerre, de payer les amendes de leurs parents, etc…
A partir du IVe siècle avant Jésus-Christ, on assiste à une désagrégation de la gens, laquelle donne liberté aux groupes qui la composent nommés familia.

Au sein de la gens puis de la familia, le pater familias est le seul à avoir la capacité juridique pleine et entière. On le dit sui iuris, par opposition aux autres membres de la gens qui sont des alieni iuris. Le pater familias a un pouvoir absolu tant sur les individus composant la gens, que sur les biens. Par exemple, le pater familias a le pouvoir de vie et de mort, pouvoir d’abandonner un membre de la gens et même de l’aliéner comme une chose ou un esclave en vertu de sa patria potestas. La patria potestas prend fin avec la mort du pater familias.

Le pouvoir du pater familias s’étend également aux choses. La gens puis la familia n’a qu’un patrimoine lequel est aux mains du pater familias qui exerce seul les droits de propriétaire. Toutefois, il a le devoir de le conserver afin de le rendre intact à ses successeurs. Les fils alieni iuris sont un élément du patrimoine du pater familias. Toutefois, malgré son statut d’alieni iuris, le fils jouit de ses droits de citoyen et possède un « pécule », une somme d’argent confiée par le pater, qu’il gère en toute autonomie. Il peut acquérir des biens, lesquels vont augmenter le patrimoine familial, mais il ne peut passer des actes qui créeraient des obligations ou rendraient débiteur le pater familias.


674 Ce pouvoir est toutefois limité par des considérations religieuses et morales.


La patria potestas du père est restée très forte pendant de nombreux siècles et ne s’est modifiée que de façon très lente à partir du Bas-Empire.

243. Les sacra privata - La religion joue un rôle fondamental dans la gens puis la familia. La religion des anciens romains a un caractère domestique très marqué. Les romains sont très superstitieux et croient aux présages de toutes sortes. Par conséquent, chaque gens puis familia a ses dieux protecteurs qui veillent sur elle. Ces dieux sont les ancêtres. La mort n’est pas une fin pour les romains mais une transformation de la vie, l’ancêtre continue à vivre et chaque jour, ses enfants se réunissent autour de son tombeau pour prier ses mânes selon un rituel spécifique à chaque gens : des chants, des formules de prières, des règles pour le sacrifice et les offrandes, etc... C’est le pater familias, qui, en tant que prêtre des dieux domestiques, préside les cérémonies. Toutefois, le culte des morts obéit à certaines règles communes. Ainsi, il ne peut être rendu par chaque famille qu’aux morts de son sang et les funérailles ne peuvent être religieusement accomplies que par le parent le plus proche. Quant au repas funèbre servi pour les funérailles puis régulièrement après la mort, seule la famille a le droit d’y assister et tout étranger en est exclu. Le mort n’accepte d’offrande et ne veut

678 « Une parole d’un devin, l’inspection d’une victime, un mot qu’on entend dire, un oiseau qu’on voit passer, un chaldée ou un haruspice qu’on rencontre, l’éclair qui brille, le tonnerre qui retentit, la vue d’un objet frappé de la foudre, le fait le plus insignifiant, le plus ordinaire, quand il nous semble prédir quelque chose, tout sert à nous épouvanter, et il ne nous est pas possible de goûter un moment de calme. » CICÉRON, de div., II, 72 in BEYRAND H., De la prohibition des pactes sur succession future en droit romain et en droit français, éd. Librairie nouvelle en droit et en jurisprudence, 1887, p. 9.

679 « Nos ancêtres ont voulu que les hommes qui avaient quitté cette vie fussent comptés au nombre des dieux. » CICÉRON, De legibus, II, 22 in FUSTEL DE COULANGES, La cité antique – Étude sur le culte, le droit, les institutions de la Grèce et de Rome, 8e éd., Hachette et Cie, 1880, p. 16.

680 Mânes était le nom donné aux dieux des ancêtres par les romains.


682 GAUDEMET J. et CHEVREAU E., Droit privé romain, 3e édition, Montchrestien, 2009, p. 90.

683 CICÉRON, de Legibus, II, 26 in FUSTEL DE COULANGES, La cité antique – Étude sur le culte, le droit, les institutions de la Grèce et de Rome, 8e éd., Hachette et Cie, 1880, p. 16.
de culte que de ses descendants, il est hostile à tous ceux qui ne descendent pas de lui.\textsuperscript{684} Le fils a le devoir de faire les libations et les sacrifices aux mânes de son père et de tous ses ancêtres car manquer à ce devoir condamne les morts à l’errance et au tourment, tandis que si les sacrifices sont accomplis suivant les rites, l’ancêtre devient un dieu protecteur et apporte de la chance dans la famille.\textsuperscript{685}

Cet ensemble de coutumes religieuses qui se transmettent fidèlement de génération en génération constitue les \textit{sacra privata}.\textsuperscript{686} Les \textit{sacra privata} ont une importance telle, que leur observation et leur transmission sont confiées à une magistrature religieuse nommée le collège des pontifes. Ce qui importe, à cette époque, n’est pas l’acquisition de richesses\textsuperscript{687} mais la continuation du culte des \textit{sacra} qui permet la survie des ancêtres et par conséquent la survie du monde des vivants.

Ainsi, l’importance du choix du successeur du pater familias tant au \textit{sacra privata} qu’au patrimoine du défunt est capitale et restreint de fait le choix du \textit{de cujus}.

\textbf{244. Le principe de la liberté testamentaire limité par les \textit{sacra privata}} -

À Rome, le principe est, dès l’origine, celui de la liberté testamentaire.\textsuperscript{688} Le premier écrit légal que nous connaissions sur le testament est la loi des Douze


\textsuperscript{685} « Si l’on cessait d’offrir aux morts le repas funèbre, aussitôt les morts sortaient de leur tombeau ; ombres errantes, on les entendait gémir dans la nuit silencieuse. Ils reprochaient aux vivants leur négligence impie ; ils cherchaient à les punir, ils leur envoyaient des maladies ou frappaient le sol de stérilité. Ils ne laissaient aux vivants aucun repos jusqu’au jour où leurs repas funèbres étaient rétablis. Le sacrifice, l’offrande de la nourriture et la libation les faisaient rentrer dans leur tombeau et leur rendaient le repos et les attributs divins. L’homme était alors en paix avec eux. Si le mort qu’on négligeait était un être malfaisant, celui qu’on honorait était un dieu tutélaire. Il aimait ceux qui lui apportaient de la nourriture. Pour les protéger, il continuait à prendre part aux affaires humaines ; il y jouait fréquemment son rôle » : FUSTEL DE COULANGES, op.cit, p. 19.

\textsuperscript{686} CHARMONT J., op. cit., p. 22.

\textsuperscript{687} Cela viendra plus tard avec le développement du commerce.
tables\textsuperscript{689}. Selon cette loi, le \textit{pater familias} est autorisé à régler lui-même le sort de son patrimoine\textsuperscript{690} après son décès\textsuperscript{691} et cette volonté devient loi après avoir été consacrée par les comices. Aucune limitation n’est organisée par la loi. Le testament a pour but premier d’instituer un héritier, continuateur du défunt.

Néanmoins, la liberté de tester n’est pas sans limite puisqu’elle est restreinte par la religion. En effet, l’étude des \textit{sacra privata} montre que le repos des mânes est essentiel dans la société romaine. Le \textit{pater familias} a la lourde charge de désigner dans son testament le contributeur au culte des \textit{sacra privata} et à son propre culte, gage de continuité et de chance dans la famille et de repos éternel pour le \textit{de cujus}. Malgré les textes proclamant la liberté testamentaire, le choix de son successeur dans son testament ne peut être fait à la légère. Le culte des \textit{sacra} est coûteux et même s’il reste à la charge des \textit{sui}, le tiers institué héritier doit fournir les moyens pour assurer les \textit{sacra}\textsuperscript{692}. Le risque est grand que celui-ci cherche à échapper à son obligation tout comme les \textit{sui} qui n’ont pas été institués dans le testament. Ainsi, il ne peut pas choisir n’importe quel héritier car si celui-ci refuse de financer le culte des \textit{sacra}, cela revient à les éteindre et à condamner le testateur à l’errance pour l’éternité.

\textsuperscript{688} \textit{Contra FUSTEL DE COULANGES, op. cit.}, p. 367 : Selon cet auteur, dans le droit primitif, le fils était héritier sien et nécessaire. Les Douze tables laissent de côté ce principe en considérant que le patrimoine n’appartient plus à la \textit{gens} mais à l’individu. Elles reconnaissent à l’homme le droit de disposer de ses biens par testament. Le testament était néanmoins connu dans le droit primitif. Le \textit{de cujus} pouvait se choisir un légataire en dehors de la \textit{gens} mais à condition de faire agréer son choix par les comices curiates sous la surveillance des pontifes. Seule la volonté de la cité entière pouvait déroger à l’ordre établi par la religion.

\textsuperscript{689} La loi des Douze tables a été rédigée vers 450 avant Jésus-Christ.

\textsuperscript{690} \textit{Contra : BONFANTE, Corso di diritto romano (vol. VI), 1930 in LEVY-BRUIHL M., Le testament en droit romain, Cours de droit romain approfondi, 1948-1949, p. 110 et suiv. Selon BONFANTE, la fonction essentielle du testament primitif est de désigner un successeur au \textit{pater familias}. En revanche, le patrimoine n’est pas transmis car il est collectif.

\textit{LEVY-BRUIHL M., op.cit, p. 126 et suiv. pour lequel le testament primitif et de la loi des Douze tables n’était qu’un acte extra-patrimonial qui n’avait pour but que de désigner le continuateur du culte des \textit{sacra}, le tuteur des incapables et le dirigeant spirituel de la famille, tandis que la répartition des biens se faisait toujours à égalité entre les agnats.

\textit{FUSTEL DE COULANGES, op. cit.}, p. 76 et suiv., selon lequel la propriété est héréditaire de mâle en mâle comme le sont les cultes.

\textsuperscript{691} Le fragment relatif au testament est incomplet et nous ne connaissions pas les véritables dispositions du législateur. Ulpien rapporte la disposition des Douze tables en ces termes : « \textit{Ut legasset super pecunia tutelage suæ rei, ita jus esto.} » (XI, §14 ) in PETIT E., Traité élémentaire de droit romain contenant le développement historique et l’exposé général des principes de la législation romaine depuis l’origine de Rome jusqu’à l’Empereur Justinien, 4–6é. Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, 1903, § 533 note 1.

\textsuperscript{692} \textit{GAUDEMET J. et CHEVREAU E., op. cit., p. 90.
Lorsqu’un testateur n’a pas de descendant, il peut adroger un étranger et en faire son fils soumis à sa patria potestas et continuateur du culte des sacra\(^{693}\).

En revanche, la répartition des biens du défunt ne fait pas, à l’origine de la gens, l’objet d’une répartition par testament. La propriété se poursuit de plein droit par les héritiers car les enfants sont considérés comme ayant déjà été propriétaires des biens. Les biens sont attribués également entre tous les agnats\(^{694}\) puisque ces derniers, devenus sui heredes\(^{695}\), continuent de vivre collectivement sur le fonds commun sans partager les biens\(^{696}\). Toutefois, dès avant la loi des Douze tables, il est reconnu au pater le droit de disposer par testament de ses biens au profit de son héritier institué\(^{697}\).

Ainsi, le pater familias ne peut désigner qu’un descendant mâle qui puisse continuer le culte des sacra privata ce qui limite, de fait, le choix de son héritier. La réserve est virtuelle et sa fonction est le maintien de la gens puis de la familia et de ses sacra privata afin de pérenniser la société romaine.

\(^{693}\) GIRARD P.-F. ET SENN F., op. cit., p. 168 et suiv.

\(^{694}\) « Les agnats sont ceux qui sont (ou qui auraient pu être) soumis à une même puissance paternelle. » GAUDEMET J. et CHEVREAU E., op. cit., p. 38.


\(^{696}\) « Dès le plus ancien droit romain, l’idée que les descendants directs sont les premiers appelés à prendre cette place, à continuer la personne du défunt, est présente. Elle prend, compte tenu de la structure de la domus, une forme très particulière, celle des sui heredes : des héritiers siens, littéralement des héritiers d’eux-mêmes, quasiment comme s’ils avaient été propriétaires du vivant de leur père. Ces sui sont ceux qui sont placés sous la potestas du pater familias, vont devenir par sa mort sui iuris et par conséquent aptes à continuer sans interruption la maîtrise du patrimoine. Ce sont les fils et filles, petit-fils ou filles d’un fils prédécédé ou émancipé auquel il faut ajouter éventuellement par l’effet du mariage cum manu l’épouse, la belle-fille devenue veuve. Enfin, les enfants simplement conçus au moment du décès sont aussi admis à succéder : la règle a été formulée par la loi des Douze tables. » : LEFEBVRE-TEILLARD A., op. cit., p. 241 et suiv. § 175.

\(^{697}\) La découverte de nouveaux fragments de Caius a permis de confirmer l’hypothèse selon laquelle la plus ancienne forme de contrat de société serait le consortium, le groupement formé par les fils d’un père décédé, continuant à vivre sur le fonds paternel et à former une sorte de société. Tout le groupe vit en commun et chaque membre voit ses intérêts partagés avec les autres et exerce son activité au profit de tous. Cf. LEPONTE G., Droit romain et ancien droit français – Régimes matrimoniaux, libéralités, successions, éd. Montchrestien, 1958, n° 18.

\(^{697}\) « La religion prescrit que les biens et le culte de chaque famille soient inséparables, et que le soin des sacrifices soit toujours dévolu à celui à qui revient l’héritage. » CICÉRON, De legibus, II, 19-20 in FUSTEL DE COULANGES, op. cit., p. 76.
La liberté testamentaire est également limitée par les conditions de formation du testament.

245. **Plan** - Le testament romain obéit à des conditions de forme et de fond strictes qui restreignent, de fait, la capacité de disposer du testateur.

246. **La liberté testamentaire limitée par la publicité et le contrôle du testament comitial** - Dans la Rome primitive, le testament est un acte solennel au formalisme lourd. Ce testament, dit *calatis comitis* ou testament comitial\(^{698}\), doit être fait publiquement et oralement devant les comices curiates sous le contrôle des pontifes\(^{699}\). Les comices curiates ne se réunissent que deux fois dans l’année, les 24 mars et 24 mai. A cette époque où l’acte écrit n’existe pas encore, le peuple sert de témoin aux dernières volontés du testateur.

Deux limites empêchent le testateur de désigner librement son successeur. Tout d’abord, le testament est public puisqu’il prend le peuple à témoin. En effet, il faut que le testateur déclare publiquement devant les comices, en premier lieu, qu’il déshérite l’un de ses proches puis en second lieu qu’il institue son nouvel héritier.

Ensuite, le rôle des pontifes étant de contrôler le respect des *sacra* et le testament ayant pour but de choisir un successeur à leur culte, les pontifes se doivent de contrôler le bénéficiaire du testament. Ils en vérifient également les conditions et les

\(^{698}\) Pour les soldats prêts à marcher au combat, il existait également le testament *in procinctu*. Le testament se faisait en présence et avec l’approbation sommaire du peuple en armes.
causes ainsi que les dispositions concernant le culte des *sacra*. Ensuite, les comices exercent aussi un contrôle sur le testament\(^{700}\).

Ce double contrôle et la publicité du testament empêchent les abus. En effet, même si un romain trouve le courage de déclarer publiquement devant ces assemblées qu’il déshérite un de ses proches, il n’est pas certain que les pontifes ou les comices valident cette exhérédation au nom de la continuation des *sacra*.

**247. L’exhérédation** – En droit romain, l’essentiel du testament est l’institution de l’héritier du testateur. L’héritier testamentaire ne peut entrer en concours avec un héritier *ab intestat*\(^ {701}\). Cet héritier testamentaire a vocation universelle et perpétuelle à la succession, on ne peut restreindre son droit à un legs particulier, ni imposer de condition ou de terme suspensif. Il est également possible d’instituer plusieurs héritiers en fixant la part qui revient à chacun\(^ {702}\). La conséquence de ce principe est que le testateur doit, avant d’instituer son héritier, exhéder ses héritiers *ab intestat* selon des formes spéciales.

Ce principe est rattaché par les jurisconsultes romains à la copropriété existant entre eux et le chef de famille. Le *suus heres* n’acquit pas l’hérité à la mort du *pater familias*, il ne fait que continuer, avec des pouvoirs plus étendus, une propriété qu’il avait du vivant de celui-ci sur le patrimoine commun. Pour dépouiller le *suus* de cette propriété, le *pater* doit l’en priver. Il ne peut, avant cela, l’attribuer à un autre.

Même si l’exhérédation n’est pas limitée par la loi, cette exhérédation formelle limite de fait la liberté testamentaire. Devant les comices curiates, elle permet d’attirer l’attention du peuple et des pontifes sur l’exhérédation, davantage que ne le ferait


\(^{700}\) Les auteurs sont divisés quant au rôle des comices. Certains admettent que ces derniers n’ont qu’un rôle de témoin au testament tandis que d’autres auteurs y voient un rôle d’autorisation : Cf. LEPONTE G., op.cit., n° 23.

\(^{701}\) « *Nemo partim testatus, partim intestatus decedere potest.* »

\(^{702}\) Traditionnellement, cette part était fixée en douzièmes.
une simple omission. Le risque est alors que les comices refusent le testament. En outre, l’exhérédation injustifiée étant vue comme un scandale, elle décourage le testateur d’y procéder.

Ainsi, dans la Rome primitive, malgré une liberté testamentaire absolue et l’absence de garde-fous textuels, les droits successoraux des proches du de cujus sont toujours sauvégardés. La réserve, sans être inscrite dans les textes, l’est dans les mœurs. Sa fonction est de sauvegarder la gens puis la familia et les sacra et plus largement la société.

248. La liberté testamentaire limitée par la morale – Par la suite, en raison de la lourdeur et de la publicité du testament comitial, se développe le testament per æs et libram703 inspiré de la mancipatio familiae704. Ce testament est connu de la loi des Douze tables. Par ce testament, le pater familias mancipe ses biens à un ami, le familiae entor, en présence de cinq témoins et d’un porte-balance. Le familiae entor a la charge de remettre ces biens aux personnes désignées par le disposant. Ce testament n’a pas valeur de loi comme le testament comitial. La remise des biens ne repose que sur la bonne foi du familiae entor puisque les biens lui sont transmis de manière définitive, le testament est ainsi irrévocable705. Par ailleurs, ses bénéficiaires sont limités puisque le testament per æs et libram ne peut pas être fait en faveur des personnes se trouvant sous la puissance du pater. Ainsi, pour instituer son fils, le pater familias doit forcément passer par le testament comitial. Toutefois, ce testament permet de contourner le refus des comices curiales en permettant au pater de léguer ses biens à un étranger. Pourtant, à cette époque, l’institution d’un étranger est extrêmement rare. On pense toujours traditionnellement que l’individu a la tâche de transmettre aux générations

703 Testament par la balance et l’airain.
705 PETIT E., op. cit., p. 528.
suites le patrimoine reçu de ses pères. L’individualisme n’existe pas à Rome, l’individu doit pour son bien, obéir à ses parents, à l’Empereur et à Dieu. Ainsi, la liberté de tester continue d’être, dans les faits, restreinte par la morale.

Cette fonction sociale de sauvegarde de la famille se retrouve également dans l’interdiction de conclure un contrat portant sur une succession non ouverte à partir de l’époque classique.

§ II – L’apparition de la prohibition des pactes sur succession future à l’époque classique et au Bas-Empire

249. **Présentation** – La prohibition des pactes sur succession future apparaît tardivement dans le droit romain. A l’époque primitive, le testament est d’une importance telle qu’il ne peut faire l’objet d’un contrat. Ce n’est qu’en raison de l’affaiblissement des mœurs à l’époque classique que la prohibition se développe dans le but de protéger la liberté de tester.

À l’époque classique, la profession de capteur d’héritage ou coureur de succession se développe. Certaines personnes courtisent des vieillards ou encore le père d’un jeune homme en mauvaise santé afin d’être institué héritier et font en sorte de se faire substituer vulgairement afin d’hériter au cas où le fils viendrait à mourir avant le père. Mais le testament étant révocable, le capteur doit continuer ses soins jusqu’au décès espéré. Les capteurs d’héritage imaginent par conséquent de se faire instituer par contrat afin que la personne ayant consenti le pacte ne puisse plus...
revenir sur sa décision\textsuperscript{710}. Il devient également fréquent de contracter des dettes sur
son héritage à venir.

Pour ces raisons, à l’époque classique\textsuperscript{711}, dans le Digeste\textsuperscript{712}, apparaissent les
premiers cas de nullité de pactes sur succession future. Ce sont les jurisconsultes qui
ont établi cette prohibition au cas par cas. Aucun texte général ne l’établit. Au Bas-
Empire, en 531, Justinien prohíbe les conventions entre héritiers présomptifs par une
loi qui précise les fondements de la prohibition (A). Pourtant, tous les pactes sur
succession future ne sont pas prohibés, les fondements de la prohibition permettent
d’effectuer un tri entre les pactes prohibés (B) et autorisés (C).

A –Les fondements de la prohibition

250. **Fondements de la prohibition** – Les cas étudiés dans le Digeste
permettent de faire ressortir plusieurs fondements à la prohibition des pactes
sur succession future.

Tout d’abord, ces pactes sont contraires aux bonnes mœurs. Les bonnes mœurs sont
de très anciens usages découlant des traditions civiques anciennes et du droit
naturel\textsuperscript{713}. Les bonnes mœurs sont, tout comme les coutumes, équivalentes à des

\textsuperscript{710} BEYRAND H., *De la prohibition des pactes sur succession future en droit romain et en droit
français*, éd. Librairie nouvelle en droit et en jurisprudence, 1887, p. 16.

\textsuperscript{711} Bien que certains auteurs pensent que la prohibition remonte à une période plus
partage amiable*, thèse Paris, 1892, p. 11.

\textsuperscript{712} Le Digeste est un recueil de consultations juridiques données par les grands
jurisconsultes.

\textsuperscript{713} « Boni mores ii, qui sunt cum honestate conjuncti, vel potius cum natura et jure gentium; quibus
sequimur id quod natura rectum et honestum est, quod ex gentium jure. » Hug. Don. op., éd. Flor.,
7. c. 129. – CUJAS, ad &. 6. C. de part. in FAURE S., *op. cit.*, p. 2. Les bonnes mœurs ne sont pas
edictées par les autorités publiques mais découlent des traditions civiques anciennes ou du
ius naturel. C’est un ensemble de principes coutumiers de conduite reconnus par tous et
lois\textsuperscript{714}. Or, les pactes sur succession future sont contraires aux lois sur les successions puisque seul le testament peut instituer un héritier, pas un contrat.

Le pacte sur succession future a également pour effet de priver le \textit{de cujus} de sa liberté de tester alors que le droit de tester est plus qu’un droit, c’est un devoir dont le but est de sauvegarder les \textit{sacra} et il doit pouvoir être conservé jusqu’à la mort.

En outre, les jurisconsultes souhaitent éviter le \textit{votum mortis} soit l’espérance de voir mourir celui qui doit donner ses biens en héritage. Dans cette période trouble de l’histoire romaine, ce souhait peut facilement devenir réalité\textsuperscript{715}.

On considère enfin qu’acquérir une hérédité à l’aide d’une convention au lieu de chercher à la mériter par ses soins à l’égard de celui dont on convoite la fortune est immoral.

Ces fondements permettent de distinguer les pactes prohibés des pactes autorisés.

\textbf{B} – Les pactes sur succession future prohibés


\textsuperscript{714}L. 32, §1, D., \textit{de leg. « Stipulatio hoc modo concepta: si heredem me non feceris, tantum dare spondes? inutilis est, qui contra bono mores est hacte stipulatio. » « Invetera consuetudo pro lege non immerto custoditur…Nam cum ipse leges nulla alia ex causa nos teniendo, quam quod judicio populi receptæ sunt: merito et ea, quæ sine allo scripto populus probavit, tenebunt omnes: nam quid interest, suffragio populus voluntatem suam declarat, an rebus ipsis et factis? » in FAURE S., op. cit., p. 3.

252. **Le pacte de succession** - Le pacte *de succedendo* est celui par lequel un futur *de cujus* promet de faire acquérir une succession à son héritier. Dans le Digeste, les empereurs Valérien et Gallien déclarent sans valeur le pacte de succession contenant la promesse, faite par un père à sa fille dans son contrat dotal, qu’elle aurait dans sa succession une part égale à celle de son frère. On considère comme immoral que la fille acquière par convention une hérédité au lieu de la mériter et on estime que cette convention limite la faculté de tester du père.

Pour les mêmes raisons, les empereurs Diocletien et Maximien annulent la convention selon laquelle il était convenu que l’époux succéderait aux biens de son épouse qui ne lui étaient pas destinés à titre de dot\textsuperscript{716}.

253. **Le pacte de non succession**\textsuperscript{717} est celui par lequel on amène ses héritiers présomptifs à renoncer légalement à leurs droits. Ainsi, c’est inutilement qu’un père établit dans un pacte dotal qu’il n’avait doté sa fille qu’à condition qu’elle ne revendiquerait plus rien dans son hérédité. Cette clause est sans effet\textsuperscript{718}. De même, Justinien\textsuperscript{719}, alors qu’un père avait fait une donation à l’un de ses enfants en convenant avec celui-ci qu’il n’intenterait pas la *querela* contre son testament, décide que l’enfant donataire peut néanmoins attaquer le testament, à condition qu’après le décès du père il ne se soit pas engagé envers les héritiers à ne pas intenter cette action. Le motif qui détermine Justinien est le respect dû à la loi sur les successions et le respect des bonnes moeurs puisqu’il vaut mieux encourager par des bienfaits les enfants à remplir leurs devoirs envers leurs parents plutôt que de les y forcer par des conventions obligatoires.

\textsuperscript{716} L. 52, § 9, D., *pro socio in FAURES*, *op. cit.*, p. 7.
\textsuperscript{717} *de non succedendo.*
\textsuperscript{718} Lois 16, D. *De suis et leg.* Her., 38, 16, et 3, C. *De coll.*, 6, 20 *in BEYRAND H.*, *op. cit.*, p. 29, n° 28.
254. **Le pacte sur succession mutuelle** \(^{720}\) est celui dans lequel deux personnes se constituent par pactes mutuellement héritières l’une de l’autre. Ces conventions, comme l’on dit les Empereurs Dioclétien et Maximien, ne valent même pas comme donation à cause de mort puisqu’elles sont contraires aux bonnes mœurs et peuvent inspirer un *votum mortis*.

Celui qui a renoncé par avance à une succession non encore ouverte peut malgré tout, après l’ouverture de celle-ci, faire addition d’hérédité ou demander la *bonorum possessio* \(^{721}\).

255. **Les pactes sur succession future d’un tiers déterminé sans le consentement de ce dernier ou de hereditate tertii viventis** sont prohibés. Ce pacte est conclu entre un héritier éventuel et un tiers. Ainsi la donation de biens dépendant d’une hérédité qu’une personne espère recueillir un jour est nulle puisque contraire aux lois sur les successions et aux bonnes mœurs \(^{722}\).

256. **Sanction** – Les pactes sur succession future sont entachés de nullité absolue \(^{723}\). Outre la nullité, les auteurs de ces conventions deviennent indignes à la succession pour laquelle ils ont conclu un pacte sur succession future.

Toutefois, tous les pactes sur succession future ne sont pas prohibés. Le droit romain autorise ceux qui ne vont pas à l’encontre des fondements sus-évoqués.

C – Les pactes sur succession future autorisés

---

\(^{720}\) *de mutua successione.*


**Plan** - On trouve malgré tout en droit romain des pactes sur succession future autorisés\(^{724}\). Tout comme les pactes prohibés, les pactes autorisés n’ont pas de cause commune. Ils sont autorisés au cas par cas par le Digeste\(^{725}\).

257. **Les pactes sur succession d’un tiers déterminé avec son consentement** – Ainsi, *il est admis* que la convention faite par des tiers relativement à la succession d’une personne vivante est valable quand celle-ci a donné son consentement et a persisté dans les mêmes dispositions jusqu’à sa mort\(^{726}\). L’assentiment du *de cujus* fait disparaître toute crainte d’idées perverses dans l’esprit des contractants\(^{727}\). On en trouve un exemple dans la loi 2 C. Théod. 2, 24, par laquelle Constantin autorise le partage des biens de la mère avec le consentement de celle-ci\(^{728}\). Le consentement du tiers ne le lie pas et il peut être retiré à tout moment, retirant par là-même la validité du pacte.

258. **Le partage d’ascendant ou *divisio inter liberos*** est fait en dehors de tout testament et n’est qu’un simple usage à son origine. En raison de son caractère coutumier, il n’est pas attributif de droit. Ainsi, l’usage voulait que l’ascendant remette les biens aux descendants en leur laissant

\(^{723}\) « *Pacta que contra leges constitutionesque, vel contra bonos mores sunt, nullam vim habere, indulitati juris est* » L. 6, C., de pact. – Conf. I. 2 pr., D., de pact. in Faure s., op. cit., p. 13.

\(^{724}\) Nous n’étudierons pas les pactes sur succession future autorisés spéciaux tel que le pacte conclu au cas de l’adrogation d’un impubère entre l’adrogeant et une personne publique ou le pacte sur la succession d’un esclave affranchi par son vendeur.

\(^{725}\) BEYRAND H., op. cit., p. 37.

\(^{726}\) JUSTINIEN, loi 30, C., *De pactis in* BEYRAND H., op. cit., p. 53, n° 52.

\(^{727}\) L. ult., C., de pactis : « *Nisi ipse forte, de cujus hereditate pactum est, voluntatem suam eis accommodaverit, et in ca usque ad extremum vitæ suæ spatium perseveraverit : tunc etenim, sublata acerbissima spe, licebit cis, illo sciente et jubente, hujus modi actiones servare.* » in FAURE s., op. cit., p. 31.

\(^{728}\) BEYRAND H., op. cit., p. 54.
l’administration et la jouissance, tout en en conservant la propriété\textsuperscript{729}. Les enfants apportées ne deviennent propriétaires qu’au décès de l’ascendant parce que le juge chargé du partage se doit de se conformer à la distribution faite par l’ascendant en transférant aux ayants-droit les objets indiqués\textsuperscript{730}. C’est Justinien qui introduit l’obligation de dresser un écrit contenant les biens composant les lots des descendants et paraphé de tous ceux prenant part au partage\textsuperscript{731}.

259. La donation de biens présents et à venir - Justinien, dans la loi 35, §4, C., de donat., précise que les donations sont valables par le seul consentement des parties. Ainsi, les donations de biens à venir deviennent possibles\textsuperscript{732}.

260. L’hypothèque de biens à venir. Afin de favoriser le crédit, les parties pouvaient également convenir d’une hypothèque générale sur les biens présents et provenant de successions futures\textsuperscript{733}.

261. Conclusion de section – Contrairement à la croyance, la liberté de tester n’est pas absolue en droit romain. Elle est originariement limitée par les sacra privata puisque le culte des mânes impose que la conduite de ce culte et de la gens soit faite par un descendant mâle. La forme publique du testament et le contrôle de celui-ci empêchent également les exhérédations. Plus tard, la morale continue de sauvegarder la transmission du patrimoine à la famille puisque les exhérédations sont très rares. Lorsque les mœurs n’ont plus été assez puissantes et que des contrats sur les successions futures ont été créés, s’est mise en place la prohibition des pactes sur succession future dans le but de conserver la liberté de tester.

\textsuperscript{730} L.21, C., familiae erecisc, 3, 36 in FAURE S., op. cit., p. 21.
\textsuperscript{731} FAURE S., op. cit., p. 21.
\textsuperscript{732} FAURE S., op. cit., p. 25.
Tout comme en droit romain, la réserve héréditaire du Code civil poursuivait le but de sauvegarder la famille. Toutefois, les rédacteurs du Code civil ont voulu qu’il ne s’agisse que de la famille légitime et du premier conjoint.

Section II – La réserve, gardienne d’un modèle familial unique dans le Code civil

262. **La primauté de la famille** - La famille, dirigée par le *pater familias*, joue un rôle central dans le Code civil. C’est la cellule de base de l’ordre social. La famille regroupe plusieurs fonctions. Elle est d’abord un patrimoine qui assure un rôle important dans le fonctionnement économique de la société en unissant deux familles, deux fortunes, deux propriétés agricoles. Elle fournit également les enfants.\(^{734}\) Enfin, elle constitue un facteur de stabilité politique.

Toutefois, il s’agit d’une famille bien définie : la famille légitime composée d’un père, sa première épouse et leurs enfants. Pour les rédacteurs du Code civil, l’enfant illégitime et le second conjoint sont des facteurs de désordre contrariant la paix des familles. Celui dont la naissance est intervenue en dehors de la loi doit vivre en dehors de la famille\(^{735}\). Quant au patrimoine, il doit rester au sein de la famille et ne doit, en aucun cas, passer dans des mains étrangères. La société est encore très imprégnée des idées de l’ancien régime et souhaite éviter les divisions dans le groupe familial\(^{736}\).

Le Code civil a ainsi mis en place des restrictions au droit de disposer. Cette défaveur s’observe au détriment des enfants illégitimes (§ I) et des conjoints subséquents (§ II).

---

\(^{733}\) BEYRAND H., *op. cit.*, p. 53.
§ I – La défaveur pour les enfants illégitimes

263. Présentation historique – Il n’avait jamais été question de la famille illégitime avant le Code civil car celle-ci n’avait pas d’existence légale. Le droit romain était indifférent quant aux enfants illégitimes. La maternité résultait de l’accouchement tandis que la paternité ne pouvait être établie que par le mariage. Ainsi, il n’existait aucunes dispositions propres aux enfants illégitimes, ceux-ci étaient traités par le droit comme des enfants légitimes : ils héritaient de leur mère au même titre que les enfants légitimes. Ce n’est qu’à partir de Constantin, sous l’influence du christianisme, que le droit prend en compte la situation des enfants naturels. Une graduation naît entre les enfants illégitimes en fonction de la faute de leurs parents dans laquelle les enfants adulterins et incestueux occupent la place la plus basse puisqu’ils sont privés du droit de demander des aliments à leur auteur737.

Sous la société franque, les mœurs sont libres. Mais sous l’influence de l’Eglise qui souhaite imposer le mariage à tous les chrétiens, le bâtard est exclu de la famille : « Bâtards ne succèdent point.738 » L’ancien droit, tant dans les pays de coutumes que dans ceux de droit écrit, n’accordait aucun droit de succession aux enfants illégitimes, même reconnus739. Toutefois, l’enfant illégitime a droit à des aliments car pour l’Eglise, l’homme coupable de relations illicites doit assumer ses responsabilités. Ces solutions sont reprises par le droit laïc. Ces actions en faveur des bâtards ont pour conséquence de susciter une hostilité marquée et de développer une méfiance envers les filles enceintes dès le XVIIIe siècle. Il devient de plus difficile pour les mères d’obtenir des aliments car les tribunaux font preuve de plus en plus d’indulgence envers les pères.

738 Bâtard était l’expression comprenant tous les enfants qui n’étaient pas nés d’un mariage légitime.
739 Seuls des aliments pouvaient être procurés aux enfants illégitimes.
Les lois révolutionnaires des 4 juin 1793 et 12 brumaire an II, soucieuses d’égalité, donnent aux enfants naturels les mêmes droits successoraux qu’aux enfants légitimes et aux enfants adultérins le tiers des droits auxquels ils auraient eu droit s’ils avaient été légitimes.

Le Code civil de 1804 doit transiger entre la méfiance envers les enfants illégitimes, héritée de l’ancien droit, et les idées d’humanité et de justice qui imposent d’accorder un droit de succession à la parenté naturelle à la condition qu’il soit proportionné. La peur du désordre social commande finalement d’imposer des restrictions au droit de disposer en faveur des enfants illégitimes. Par conséquent, le Code civil revient sur l’égalité des enfants illégitimes en graduant la restriction au droit de disposer selon la gradation de la faute à l’origine de leur naissance et en distinguant les enfants adultérins ou nés de l’inceste (A) des enfants naturels (B).

A – Les enfants adultérins et incestueux : la négation absolue


---

743 Lefebvre-Tellard A., op. cit., § 278.
744 Tisserand A., op. cit., p. 146.
Qui dit absence de lien de parenté dit également absence de succession. Les enfants adultes et incestueux ne bénéficient d’aucuns droits successoraux ab intestat dans la succession de leurs parents, conformément à l’article 762 du Code civil.\footnote{745}

265. **La restriction absolue de disposer en faveur de l’enfant adultein et incestueux** - Cette absence de droit de succession ne peut être supplée par une libéralité. La combinaison des articles 908\footnote{746} et 762 du Code civil leur interdit d’être gratifié d’une donation ou d’un testament.\footnote{747} En effet, si la filiation n’est pas reconnue en droit, parent et enfant adultein sont considérés comme des étrangers. Pour cette raison, afin d’éviter qu’un enfant adultein non reconnu par son parent soit gratifié d’une libéralité, la jurisprudence établit que si le disposant a souhaité gratifier la personne qu’il pense être son enfant naturel simple, incestueux ou adultein, alors que cette filiation ne peut être établie légalement, il agit en vue d’un but illicite et la libéralité doit être déclarée nulle.\footnote{748} La preuve de la cause immorale de la libéralité est libre.\footnote{749}

La jurisprudence a essayé de tempérer les effets très durs des dispositions du Code civil. Ainsi, la Cour de cassation a fini par admettre tardivement la divisibilité de la filiation.\footnote{750} Selon cet arrêt, l’enfant issu des rapports de deux auteurs dont l’un seulement était marié doit être considéré comme un enfant naturel simple à l’égard de son auteur non marié. La restriction au droit de disposer, qui s’imposait jusqu’alors aux deux parents, ne s’applique plus qu’au parent dans les liens d’un mariage.

\footnote{745} Selon l’article 762 du Code civil de 1804 : « Les dispositions des articles 757 et 758 ne sont pas applicables aux enfants adultes et incestueux. La loi ne leur accorde que des aliments. »

\footnote{746} Selon l’article 908 du Code civil de 1804 : « Les enfants naturels ne pourront, par donation entre-vifs ou par testament, rien recevoir au-delà de ce qui leur est accordé au titre des Successions. »

\footnote{747} TISSERAND A., op. cit., p. 174.

\footnote{748} Req. 17 mars 1812 ; 7 déc. 1840 ; 31 juillet 1860 : D. P. 60.1.458 ; Civ. 22 janv. 1867 : D. P. 67.1.5, note BEUAND ; S. 67.1.49, note MOREAU ; Req. 6 déc. 1876 : D. P. 77.1.492 ; S. 77.1.67 ; Req. 15 juill. 1878 : D. P. 79.1.22 ; Req. 29 juin 1887 : D. P. 88.1.295, S. 87.1.358.

\footnote{749} Cass. Civ. 2 janv. 1907, D. P. 1907.1.137, note COLIN A. ; S. 1911.1.585, note WAHL.

En outre, les juges ont adouci la jurisprudence relative à la cause immorale de la libéralité faite à un enfant adultérin en décidant que la preuve de l’immoralité de la cause devait résulter des termes même de l’acte.\textsuperscript{751}

266. **L’obligation de lui fournir des aliments** - Toutefois, le législateur n’a pas osé renier l’héritage du droit canonique en privant l’enfant adultérin ou incestueux de son droit naturel à obtenir des aliments de son parent. Ainsi, le Code civil leur accorde un droit aux aliments à prendre sur la succession.\textsuperscript{752} En revanche, le parent peut s’en affranchir en ayant donné des aliments à l’enfant adultérin ou incestueux de son vivant ou en lui ayant appris un art mécanique.\textsuperscript{753}

L’ordre public successoral bourgeois restreint également, dans une moindre mesure, le droit de disposer en faveur des enfants naturels.

B - L’enfant naturel : des droits restreints

267. **Présentation** - Le sort des enfants naturels est source de discussions lors de la rédaction du Code civil. Les uns pensent qu’ils sont innocents des fautes de leurs parents et qu’il serait injuste de les en punir. Toutefois, on ne doit pas pour autant les traiter comme des enfants légitimes. Les autres pensent que les intérêts de la morale publique ne permettent pas que les

\textsuperscript{752} Article 763 du Code civil.
\textsuperscript{753} Article 764 du Code civil.
enfants naturels soient traités avec faveur\textsuperscript{754} car cela encouragerait le désordre des mœurs. De plus, cela serait injuste pour le conjoint survivant puisque l’enfant naturel bénéficierait, autant que l’enfant légitime, des bénéfices de la communauté. Enfin, cela conduirait forcément à adopter la même solution pour les enfants adultérins et incestueux\textsuperscript{755}.

Finalement, il est décidé que seuls les membres de la famille légitime sont dignes de porter le titre d’héritier et de continuer la personne du défunt. Le Code civil n’accorde pas aux enfants naturels «les honneurs et les droits» de la légitimité\textsuperscript{756}.

Les premiers projets du Code civil ne semblent donner à l’enfant naturel qu’un droit de créance. Puis le mot «créance» est remplacé par celui de «droit» sur les biens de ses père et mère décédés\textsuperscript{757}. Toutefois, l’enfant naturel n’a pas le titre d’héritier et est un successeur irrégulier dépouvu de saisine\textsuperscript{758}. Cela permet de concilier les droits de la nature avec les exigences des bonnes mœurs, la faveur due au mariage et les droits des familles\textsuperscript{759}.

L’enfant naturel n’entre pas dans la famille de son auteur. Selon l’article 756\textsuperscript{760}, la reconnaissance ne crée de lien juridique qu’entre l’enfant et son auteur mais en aucun cas entre l’enfant et ses autres ascendants ou ses collatéraux\textsuperscript{761}. Par conséquent, l’enfant naturel n’a de droit que dans la succession de son auteur mais n’en a aucun dans la succession de ses grands-parents, ni de son propre chef, ni par représentation.

\textsuperscript{754} CHABOT DE L’ALLIER M., Commentaire sur la loi des successions, tome second, 5\textsuperscript{e} édition, Chez Nève, 1818, p. 2.


\textsuperscript{756} Cf. FENET et la communication officielle au tribunat faite par CHABOT DE L’ALLIER M., op. cit., tome XII, p. 193.

\textsuperscript{757} FENET, ibidem, tome XII, p. 29.

\textsuperscript{758} TISSERAND A., op. cit., p. 164.

\textsuperscript{759} FENET, op. cit., tome XII, p. 194.

\textsuperscript{760} Selon l’article 756 du Code civil de 1804 : «Les enfants naturels ne sont point hérétiers; la loi ne leur accorde de droits sur les biens de leur père ou mère décédés, que lorsqu’ils ont été légalement reconnus. Elle ne leur accorde aucun droit sur les biens des parents de leur père ou mère. »
Le Code civil restreint également la liberté de disposer en faveur de l’enfant naturel (1) et permet également de l’exclure de la succession au moyen d’un pacte sur succession future (2). La réserve de l’enfant naturel apparaît alors comme un mécanisme bien curieux (3). Toutefois, cette position n’apparaît pas tenable et des améliorations notables sont accordées à l’enfant naturel au cours du XIXe siècle (4).

1 – La restriction au droit de disposer en faveur de son enfant naturel

268. **Les restrictions au droit de disposer** - L’enfant naturel est victime de restriction au droit de disposer en sa faveur. Son parent naturel ne peut suppléer la défaveur de la loi par des libéralités. En effet, l’enfant naturel ne peut recevoir par des libéralités plus que ce qu’il peut recevoir dans la succession *ab intestat*, selon l’article 908 du Code civil\(^{762}\). La part de l’enfant naturel, en concurrence avec les enfants légitimes, est toujours une part restreinte\(^{763}\). Cette part varie selon le nombre et la qualité des héritiers avec lesquels il vient en concours : un tiers de la part héréditaire que l’enfant aurait eu s’il avait été légitime si le père ou la mère laisse des descendants légitimes ; la moitié lorsque les père et mère ne laissent pas de descendants mais des ascendants ou des frères et sœurs et les trois quarts lorsque les père

---

\(^{761}\) La loi admet des droits dans la succession de l’enfant naturel en cas de décès de ses père et mère et de ses descendants, au profit de ses frères et sœurs naturels.

\(^{762}\) Selon l’article 908 du Code civil de 1804 : « Les enfants naturels ne pourront par donation entre vifs ou par testament, rien recevoir au-delà de ce qui leur est accordé au titre des successions. »

\(^{763}\) Selon l’article 757 du Code civil de 1804 : « Le droit de l’enfant naturel sur les biens de ses père et mère décédés, est réglé ainsi qu’il suit : si le père ou la mère a laissé des descendants légitimes, ce droit est d’un tiers de la portion héréditaire que l’enfant naturel aurait eu s’il eût été légitime; il est de la moitié lorsque les père ou mère ne laissent pas de descendants, mais bien des ascendants ou des frères et sœurs; il est des trois quarts lorsque les père ou mère ne laissent ni descendants, ni ascendants, ni frères, ni soeurs. »
et mère ne laissent ni descendants ni ascendants ni frères et sœurs.\(^\text{764}\) Ce n’est que lorsque les père et mère ne laissent aucun parent au degré successible que l’enfant naturel a droit à la totalité de la succession selon l’article 758\(^\text{765}\) du Code civil\(^\text{766}\). L’enfant naturel prime tout de même le conjoint survivant.

Outre la restriction de la part héréditaire \textit{ab intestat}, l’enfant naturel ne peut être gratifié de la quotité disponible. Il est ainsi traité de pire manière qu’un tiers.

\textbf{269. L’imputation des libéralités} - Lorsque l’enfant naturel a bénéficié de libéralités du défunt, il doit imputer les libéralités reçues du défunt au lieu de les rapporter\(^\text{767}\). L’imputation a pour but d’empêcher le père ou la mère de l’enfant naturel d’augmenter la portion qui lui est due dans la succession par des libéralités\(^\text{768}\). L’imputation est-elle un rapport nommé autrement ou

\textit{---}

\(^{764}\) Aubry et Raun, \textit{op. cit.}, tome IX, p. 461 § 605 : Pour déterminer la portion de l’enfant légitime, on fait entre les enfants légitimes et l’enfant naturel envisagé comme un enfant légitime, un partage provisoire de l’hérité. On obtient ainsi la quote-part héréditaire qu’aurait recueilli l’enfant naturel en qualité d’enfant légitime. On prend ensuite la quotité applicable dans chaque cas de cette quote-part et le résultat de cette dernière opération indique la portion qui doit en réalité lui revenir.

Ce mode de calcul est confirmé par la jurisprudence de la Cour de cassation qui dispose « que cette quotité est constamment déterminée d’après la part que l’enfant naturel aurait recueilli s’il eut été légitime ; en telle sorte que, pour régler sa position dans les biens, il faut le supposer légitime, établir fictivement le droit qu’il aurait eu dans cette hypothèse, et lui en attribuer la quote-part qui est fixée selon les éventualités prévues aux articles 757 et 761. » : Cass., 16 juin 1847 : D. I, 265.


\(^{765}\) Selon l’article 758 du Code civil de 1804 : « L’enfant naturel a droit à la totalité des biens lorsque ses père ou mère ne laissent pas de parents au degré successible. »

\(^{766}\) La portée de l’article 758 a été restreinte par la loi de 1891 qui a accordé, dans tous les cas, au conjoint survivant, un droit d’usufruit variable sur la succession de son conjoint prédécédé.

\(^{767}\) Selon l’article 760 du Code civil de 1804 : « L’enfant naturel ou ses descendants sont tenus d’imputer sur ce qu’ils ont droit de prétendre tout ce qu’ils ont reçu du père ou de la mère dont la succession est ouverte, et qui serait sujet à rapport ( … ) . »

\(^{768}\) M. Chabot de l’Allier dans son rapport au Tribunat déclare que l’imputation « est pour les héritiers légitimes une garantie que les enfants naturels n’auront plus que la loi leur permet de leur donner. » : Fenet, \textit{op. cit.}, tome XII, p. 194.
diffère-t-elle, dans ses procédés et résultat, du rapport ? Selon la jurisprudence, il ne faut pas faire de différence entre le rapport et l'imputation\textsuperscript{769}. Par conséquent, les articles relatifs au rapport sont applicables à l'imputation notamment les articles 855, 856, et 860, 861, 862, 863 et 864 qui règlent le rapport en moins prenant des immeubles donnés\textsuperscript{770}. En revanche, contrairement au rapport, l’enfant naturel ne peut pas en être dispensé par préciput, ni en renonçant à la succession de son auteur, conformément à l’article 708 du Code civil\textsuperscript{771}. L’imputation doit avoir lieu de tout ce que l’enfant naturel a reçu mais également ses descendants ou son conjoint puisque ceux-ci sont réputés, de plein droit, personnes interposées. Si la libéralité excède la portion que l’enfant naturel peut recevoir dans la succession, elle sera alors soumise aux règles de la réduction. Cette règle a pour effet de dissuader les parents d’un enfant naturel de le reconnaître. Ils peuvent alors, en tant qu’étranger, le gratifier de toute la quotité disponible\textsuperscript{772}.

En outre, les rédacteurs du Code civil ont créé une exception dans la prohibition des pactes sur succession future afin de permettre l’exclusion de l’enfant naturel de la succession de son auteur.

2 –L’exclusion de l’enfant naturel de la succession de son auteur par pacte non succeedendo

\textsuperscript{769} Par exemple, Cass., 16 juin 1847 : D., I, 265 : « les différences qu’on peut signaler, quant aux biens, entre la position de l’enfant légitime et la position de l’enfant naturel ne sont point inhérentes à la nature du droit qui leur est donnée, mais qu’elle porte seulement sur l’étendu du droit ou sur la quotité attribués à l’un ou l’autre dans l’hérité. »


\textsuperscript{771} DEMOLOMBE G., ibidem, t. II, p. 140 et suiv., § 92-93.

270. **Un pacte sur succession future autorisé excluant l’enfant naturel de la succession de son auteur** - Le Code civil permet d’exclure les enfants naturels de la succession de leur auteur afin de conserver la paix dans les familles. Néanmoins, cette exclusion n’est possible qu’en échange de l’attribution d’une part à l’enfant.

Le législateur autorise les père et mère à écarter l’enfant naturel de leur succession selon l’article 761 du Code civil. Il suffit pour cela que le parent ait transmis à son enfant naturel la moitié de la part à laquelle il a droit *ab intestat* et de déclarer expressément qu’il entend réduire son enfant naturel à cette part. Ce droit est un droit absolu découlant de la puissance paternelle et une jurisprudence constante le justifie. Il n’est pas besoin du consentement de l’enfant naturel et le parent peut passer outre son désaccord, conformément à la jurisprudence de la Cour de cassation du 31 août 1847. En outre, cette moitié est calculée selon une formule défavorable aux enfants naturels.

Le législateur a voulu, par cet article, permettre aux père et mère naturels d’écarter de leur succession, pour des raisons de convenance personnelle, un successeur dont

---

773 Selon l’article 761 du Code civil de 1804 : « Toute réclamation leur est interdite, lorsqu’ils ont reçu, du vivant de leur père ou de leur mère, la moitié de ce qui leur est attribué par les articles précédents, avec déclaration expresse, de la part de leur père et mère, que leur intention est de réduire l’enfant naturel à la portion qu’ils lui ont assignée. Dans le cas où cette portion serait inférieure à la moitié de ce qui devrait revenir à l’enfant naturel, il ne pourra réclamer que le supplément nécessaire pour parfaire cette moitié. »


776 Cass. 31 août 1847 : D., I, 124 : « Attendu que (...) l’article 761 se borne à exiger une déclaration expresse du père que son intention est de réduire l’enfant naturel à la portion qui lui a été assignée – Qu’en usant de la faculté qui lui est accordée par cet article, le père fait un acte de puissance paternelle (...) – Que le droit du père serait illusoire s’il dépendait de l’enfant naturel d’en empêcher l’exercice par son refus ; que l’article 761 n’exige pas davantage que la déclaration d’intention de réduction soit faite en même temps que la donation (...) ». 

777 Dans l’arrêt du 31 août 1847 précité note 776, la Cour de cassation adopte le système le moins favorable aux enfants naturels. Dans cette espèce, l’enfant naturel était en concours avec des neveux. La Cour décide que l’enfant naturel aurait eu droit aux ¾ de la succession mais que la quotité disponible étant épuisée, l’enfant naturel a été réduit aux ¼ de la ½ (3/8) que forment sa réserve. Ainsi, le législateur ayant permis aux père et mère naturels de réduire l’enfant naturel à la moitié des droits attribués par lui par les articles précédents, l’enfant naturel peut se trouver réduit à la moitié des 3/8 ou aux 3/16 de la succession.
la présence pourrait paraître odieuse aux parents légitimes et d’éliter par l’exclusion de l’enfant naturel une complication de nature à envenimer les opérations de partage.\footnote{778}

Le législateur, par ces diverses dispositions, montre bien la piétre opinion qu’il a de l’enfant naturel et de ses droits. Dès lors, l’instauration d’une réserve en sa faveur paraît étonnante.

3 – La réserve de l’enfant naturel

\textbf{271. Une réserve jurisprudentielle} - Il est surprenant de constater que, malgré le sort réservé aux enfants naturels dans le Code civil, ceux-ci bénéficient d’une réserve héréditaire. Le Code et les travaux préparatoires ne mentionnent à aucun moment cette réserve de l’enfant naturel, et pour cause : c’est la jurisprudence qui leur a reconnu ce droit.\footnote{779} Toutefois, une partie de la doctrine rejette cette interprétation en l’absence de disposition expresse du Code civil, d’autant que les travaux préparatoires n’en disent mot\footnote{780}.

La justification de la jurisprudence est la suivante : la réserve des enfants naturels est déduite de la combinaison des articles 913\footnote{781}, 757\footnote{782} et 761\footnote{783} du Code civil.


\footnote{779} Cass. 26 juin 1809 : S. t. 9, p. 337 ; \textit{Journal du Palais}, t. 24, p. 257 ; D. 1812.326 ; S. 1809. I. 337 ; S. chr. 3.I.77.

\footnote{780} Ainsi, on peut lire dans le rapport fait par JAUBERT à l’assemblée générale le 9 Floréal : « Les enfants naturels ne pourraient-ils donc pas aussi réclamer la réduction des donations entre-vifs. Jamais. La loi établit la réserve pour les enfants légitimes ; quid de uno dicit, de altero negat. » FENET, \textit{op. cit.}, tome XII, p. 592.

\footnote{781} Selon l’article 913 du Code civil de 1804 : « Les libéralités, soit par actes entre-vifs, soit par testament, ne pourront excéder la moitié des biens du disposant s’il ne laisse à son décès qu’un enfant légitime ; le tiers, s’il laisse deux enfants ; la quart, s’il en laisse trois ou un plus grand nombre. »

\footnote{782} Cf. infra note 763.
L’article 913 ne définit pas la réserve mais parle de portion indisponible de la succession qui constitue la réserve héréditaire. Or la réserve est fondée sur l’*officium pietatis* du droit romain mais est *pars hereditatis*\textsuperscript{784}. Ainsi, si la réserve est une portion d’hérité, il faut l’accorder aux enfants naturels auxquels l’article 757 attribue des droits dans la succession de leurs auteurs\textsuperscript{785}.

La quotité de la réserve est du tiers de la quotité de la réserve à laquelle il aurait eu droit s’il avait été légitime. Ainsi, si l’enfant naturel est en concours avec des enfants légitimes, sa réserve est du tiers de ce qu’il aurait eu comme enfant légitime. Par exemple, s’il vient à la succession avec un seul enfant légitime, sa réserve, qui aurait été du tiers s’il avait été légitime, sera du neuvième\textsuperscript{786}. Si l’enfant naturel vient en concours avec des ascendants, frères ou sœurs, sa réserve est de moitié de ce qu’il aurait eu comme enfant légitime, soit du quart de la succession, *etc*…

Les rédacteurs du Code civil ont été très défavorables aux enfants illégitimes. Cette situation n’était pas tenable. C’est ainsi que le XIX\textsuperscript{e} siècle a vu progresser les mentalités en faveur des enfants naturels conduisant à l’amélioration de leur situation.

4 – L’amélioration du sort de l’enfant naturel par la loi du 25 mars 1896

**272. Les nouveaux droits de l’enfant naturel** - La loi du 25 mars 1896 a sensiblement amélioré la situation successorale de l’enfant naturel en supprimant notamment les restrictions à la liberté de disposer à son égard.

Tout d’abord, elle a augmenté la quotité de ses droits successoraux. Elle l’a reconnu comme héritier et successeur régulier ayant la saisine de plein droit.

\textsuperscript{783} Cf. infra note 773.
\textsuperscript{784} Cf. infra p.
\textsuperscript{785} POTTIER A., *op. cit.*, p. 167 et suiv.
L’article 761 du Code civil est supprimé, empêchant dorénavant la faculté de cantonnement de l’enfant naturel à la moitié de sa part héréditaire et la faculté d’aportionnement. L’incapacité de recevoir de l’article 908 du Code civil est cantonnée aux libéralités entre vifs. On peut désormais « léguer tout ou partie de la quotité disponible, sans toutefois que l’enfant naturel en concours avec des descendants légitimes, puisse recevoir plus qu’une part d’enfant légitime le moins prenant. »

Enfin, elle lui reconnaît expressément la qualité d’héritier réservataire.

En revanche, l’enfant naturel ne fait toujours pas partie de la famille de son auteur\textsuperscript{787}.

Le Code civil avait ainsi pour but de protéger la famille légitime en restreignant la faculté de disposer à l’égard des enfants illégitimes. Toutefois, une autre personne a également été défavorisée par les rédacteurs du Code civil : le conjoint d’un mariage subséquent.

§ II – La défaveur pour les conjoints subséquents

\textbf{273. Présentation} - La faveur pour la famille dans le Code civil se retrouve également dans la défaveur pour les seconds mariages. Cette defiance était ancrée dans les esprits puisque, dans l’ancien droit, depuis l’édit des secondes noces de 1560, la quotité disponible au profit du second conjoint

\textsuperscript{787} TISSERAND A., \textit{op. cit.}, p. 194 à 196.
était limitée à une part d’enfant en moins prenant. Cet édit fut rédigé suite au scandale causé par le remariage d’une riche veuve, mère de sept enfants avec un gentilhomme de basse extraction, à qui elle promettait par contrat de mariage, la moitié de sa fortune. Cet édit qui ne visait à l’origine que les femmes fut ensuite étendu aux hommes. Les dispositions de l’édit étaient d’ordre public et ne pouvaient être écartées par l’époux donateur. En effet, le transfert intergénérationnel constitue la finalité même de la dévolution du patrimoine. Or l’absence de parenté entre le conjoint remarié et les enfants du premier évince ces derniers définitivement de la succession de leur parent. Le lien né du mariage apparaît ainsi en concurrence avec le lien de sang.

Les rédacteurs du Code civil craignent également que les époux veuillent monnayer le remariage. A cette époque, les veufs s’unissent pour faire élever leurs enfants et les veuves pour se faire entretenir avec leur progéniture.

Cette défaveur ne concerne que le conjoint subséquent. En effet, la loi ne restreint pas la faculté de disposer envers le premier conjoint puisque les enfants communs partagent son sang, tandis que le second conjoint est un étranger pour les enfants d’une première union, susceptible de les priver du patrimoine de leur auteur.

Les rédacteurs du Code civil ont institué des peines de seconde noces limitant la capacité de disposer envers son conjoint subséquent et protégeant les enfants du premier mariage en reprenant les dispositions de l’édit des secondes noces. Ainsi, les dispositions de l’article 1098 du Code civil sur la quotité disponible entre époux (A)

---

788 Selon l’Édit des secondes noces : « Les femmes veuves ayant enfants sont souvent invitées et sollicitées à nouvelles noces et ne connaissant pas être recherchées plus pour leurs biens que pour leurs personnes, elles abandonnent leurs biens à leurs nouveaux mariés, sous prétexte et faux du mariage. » L’édit vilipende les donations faites par la veuve remariée à son second époux en présence d’enfants du premier lit « desquelles donations, outre les querelles et divisions entre les maris et enfants, s’ensuit la diminution des bonnes familles, et conséquemment diminution de la force de l’état public. » in RONDEAU-RIVIER M.-C., Le remariage, thèse Lyon, 1981, p. 344, § 258.


791 DEMOLOMBE G., op. cit., t. VI, n° 552, p. 643 : « Chacun sait en effet, les objections et les difficultés que rencontre presque toujours le veuf ou la veuve ayant des enfants, lorsqu’il veut se remanier, et qu’il n’y réussit qu’au prix d’avantages considérables qu’il lui faut faire à son nouvel époux! »
et les articles 1496 et 1527 du Code civil s’agissant de la réduction des avantages matrimoniaux sont reproduits de l’édit (B).

A - Une quotité disponible restreinte en faveur du conjoint remarié

274. **Un disponible restreint** - L’article 1098 du Code civil dispose que l’époux remarié, à condition qu’il ait des enfant d’un premier lit, ne peut donner à son nouveau conjoint qu’un disponible restreint. Ainsi, si l’époux remarié a des enfants d’un premier lit, il ne pourra donner en faveur de son conjoint qu’une part d’enfant légitime et cette part ne pourra jamais dépasser un quart des biens. Il est étonnant de constater que le conjoint remarié peut donner la quotité disponible normale à un tiers, tout à fait étranger à la famille, mais est restreint dans sa capacité de disposer en faveur de son nouveau conjoint. La raison en est que, selon les rédacteurs du Code civil, le lien matrimonial pousse à des excès que l’on ne ferait pas en faveur d’un ami.

Cette règle est une règle d’indisponibilité réelle et non d’incapacité. Son but est de protéger\textsuperscript{792} et la sanction encourue est la réduction\textsuperscript{793}.

Les avantages visés par l’article 1098 sont toutes les libéralités, tant les donations faites par contrat de mariage que celles faites pendant l’union et même celles faites avant le mariage en projection de celui-ci\textsuperscript{794}. Il s’applique également aux legs et aux avantages indirects ainsi qu’à tous les avantages matrimoniaux.

Outre cette restriction au droit de disposer, la loi limite les avantages consentis dans le contrat de mariage.

\textsuperscript{792} DEMOLOMBE G., *op. cit.*, t. VI, n° 552, p. 643.
\textsuperscript{793} Paris, 15 janvier 1857 : S. 1857.2.301.
B – le retraitement des avantages matrimoniaux

275. **L’action en retraitement** - Lorsqu’il n’existe pas d’enfant d’un précédent mariage, on sait que les avantages matrimoniaux sont regardés comme des conventions de mariage et entre associés, conformément à l’article 1516 et 1525 alinéa 2\textsuperscript{795}. Ces avantages sont, conformément à l’article 1527 du Code civil, les avantages que l’un ou l’autre des époux peut retirer des clauses d’une communauté conventionnelle, ainsi que ceux qui peuvent résulter de la confusion du mobilier ou des dettes.

Mais lorsqu’il existe des enfants d’un précédent mariage, les avantages matrimoniaux consentis par l’auteur de ces enfants à son deuxième conjoint ne sont plus des conventions de mariage et entre associés mais de véritables libéralités. De la même manière que précédemment, le législateur a craint l’influence d’un nouveau conjoint. Il renverse la présomption instituée dans le cas où il n’existe pas d’enfant d’un précédent lit. Il présume dans ce cas l’intention libérale et cette présomption est irréfragable\textsuperscript{796}.

En conséquence, les avantages matrimoniaux s’imputent sur la quotité disponible et seront sujets à retraitement s’ils dépassent les limites fixées par l’article 1098 du Code civil.

Les conditions d’application de cette règle sont les suivantes\textsuperscript{797}. Il faut, tout d’abord, qu’il y ait un avantage matrimonial quelle que soit sa source : qu’il résulte du jeu des règles du régime légal, de l’inégalité des apports ou d’une clause insérée dans le

\textsuperscript{795} Conformément à la tradition coutumière. Pour plus de précisions, voir POTHIER, op. cit., Traité des donations entre-vifs, des personnes et des choses, § 1524 ; JOSserand L., op. cit., § 691 à 696.

\textsuperscript{796} JOSserand L., ibidem, § 698.

\textsuperscript{797} JOSserand L., ibidem, § 700.
contrat de mariage. Il faut ensuite que l’époux remarié ait à son décès des descendants d’une précédente union soit des enfants légitimes ou légitimés, à l’exclusion des enfants naturels et adoptifs. En outre, il faut que ces descendants acceptent la succession. Ils ne doivent pas être indignes ou renonçants. Enfin, seuls les avantages consentis par le conjoint ayant des enfants d’un premier lit seront touchés par le renversement de la présomption.

La famille protégée du droit romain et du Code civil était la famille légitime sous la direction du pater familias. Le passage à un modèle individualiste a mis au jour de nouvelles familles nécessitant de faire évoluer les bénéficiaires de la réserve.


Le sort des enfants naturels était moins dur puisqu’ils avaient droit à une part restreinte de la succession de leur auteur. Toutefois, cette part ne pouvait être augmentée par des libéralités puisque celles-ci s’imputaient sur la part de l’enfant naturel et qu’il était interdit, à leur auteur, de disposer, en leur faveur, au delà de leur part héréditaire. Un pacte sur succession future autorisé permettait même d’exclure l’enfant naturel de la succession de son auteur.

\footnote{798}{A l’exception toutefois des « simples bénéfices résultant des travaux communs et des économies faîtes sur les revenus respectifs, quoique inégaux, des deux époux (…) » selon l’article 1527 alinéa 3.}
\footnote{799}{Civ., 11 décembre 1922 : D. P. 1925, 1, 121, note CAPITANT ; S. 1923, 1, 313, note SIMONNET.}
\footnote{800}{Limoges, 27 mai 1867 : S., 1867, 2, 337.}
\footnote{801}{JOSERAND L., op. cit., § 700.}
Toutefois, à l’inverse de l’enfant adultérin, l’enfant naturel bénéficiait d’une réserve restreinte à un tiers de la réserve à laquelle il aurait eu droit s’il avait été légitime.

Le conjoint subséquent avait également les défaveurs du législateur du Code civil puisqu’il apparaissait en concurrence avec les enfants légitimes. Ainsi, ce conjoint ne pouvait bénéficier que d’une quotité disponible spécialle restreinte et il était permis aux enfants non communs de demander le retranchement des avantages matrimoniaux dont il bénéficiait.

277. Conclusion de chapitre – En droit romain puis dans le Code civil, la réserve avait un rôle social : celui de conserver la famille. Cette fonction s’inscrit dans une idéologie holiste de la famille. En droit romain, la liberté testamentaire était absolue toutefois la réserve héréditaire existait de manière virtuelle au travers de la morale et du culte des *sacra*. Lorsque les pactes sur succession future sont apparus, le Digeste a entrepris de prohiber ceux portant atteinte à la liberté de tester et aux bonnes moeurs.

Lors de la rédaction du Code civil, la promotion de la famille légitime impose une réserve héréditaire pleine, réservée aux enfants légitimes. L’enfant adultérin n’a aucun droit successoraux et il est même interdit de disposer en sa faveur. L’enfant naturel, quant à lui, a droit à une réserve restreinte. Toutefois, il n’est pas permis de disposer, en sa faveur, au-delà de ses droits successoraux. Enfin, le conjoint subséquent n’a droit qu’à une quotité disponible entre époux restreinte et même le droit des régimes matrimoniaux ne peut l’avantage puisque les enfants non communs peuvent demander le retranchement des avantages matrimoniaux qui lui ont été consentis.

Ces dernières décennies, la conception de la famille a évolué. Le modèle holiste a laissé place à un modèle individualiste et la réserve héréditaire a pris en compte ces nouveaux modèles familiaux.
Chapitre II – La réserve adaptée aux modèles familiaux contemporains

278. Une évolution nécessaire – Il aura fallu attendre près de cent soixante dix ans après la promulgation du Code civil pour voir proclamée l’égalité des filiations. En effet, le législateur, en 1972, abandonne le modèle holiste pour se placer dans une perspective individualiste. L’important est l’accomplissement de l’individu ce qui entraîne une diversification de sa famille en fonction de ses relations : famille légitime ou naturelle 802 (Section I). En outre, la famille s’est resserrée autour de la famille nucléaire entraînant la modification des bénéficiaires de la réserve (Section II).

Section I – La réserve au service de la diversification des modèles familiaux


§ I - Des droits égaux pour les enfants naturels

280. Égalité successorale des enfants naturels et légitimes – La loi du 3 janvier 1972 donne une famille à l’enfant naturel, puisqu’il est désormais

802 THÉRY I, Couple, filiation et parenté aujourd’hui, Le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée, éd. La documentation française, 1998, p. 16.
rattaché à la famille de son auteur\textsuperscript{803}, et lui accorde également l’égalité en matière de droits successoraux\textsuperscript{804}. L’enfant naturel a, désormais, la même réserve que l’enfant légitime dans la succession de ses parents et réciproquement ses parents ont la même réserve que les parents légitimes\textsuperscript{805}. Le régime de la quotité disponible entre époux en présence de descendants est également unifié\textsuperscript{806}. Cette quotité n’est plus modifiée selon la qualité des enfants présents au jour de la succession\textsuperscript{807}. L’ancien article 908 qui prévoyait une incapacité partielle de recevoir pour les enfants naturels est modifié. L’enfant naturel a désormais, tout comme l’enfant légitime, la pleine capacité de recevoir des libéralités\textsuperscript{808}.

Toutefois, le vocabulaire est inchangé puisqu’on parle encore d’enfants légitimes et naturels dans le Code civil.

Alors que, dès 1972, les droits des enfants naturels sont désormais égaux à ceux des enfants légitimes, l’enfant adultréin, quant à lui, continue de souffrir d’inégalités successorales.

\section*{§ II – Une égalisation plus lente des droits des enfants adultrins}

\textsuperscript{803} Article 334 alinéa 2du Code civil : « Il ( l’enfant ) entre dans la famille de son auteur. »
\textsuperscript{804} Selon l’article 757 nouveau du Code civil, « L’enfant naturel a, en général, dans la succession de ses père et mère et autres ascendants, ainsi que de ses frères et sœurs et autres collatéraux, les mêmes droits qu’un enfant légitime. »
\textsuperscript{805} Conformément à l’ancien article 913 du Code civil qui précise qu’il n’y a pas lieu de distinguer entre enfants naturels et légitimes. Cf. CORNU G., « La naissance et la grâce (à propos du projet de loi sur la filiation ) », D. 1971, chr. 165.
\textsuperscript{806} Article 1094-1 du Code civil.
\textsuperscript{808} COLOMBET J., FOYER J., HUET-WEILLER D. et LABRUSSE-RIOU C., op.cit., § 395, p. 270.

A – La loi du 3 janvier 1972 : une évolution en demi-teinte

282. **Fondement de la dérogation** – La loi du 3 janvier 1972 a fait de l’enfant adultérin un enfant naturel au même titre que les autres. Alors que son existence était niée auparavant, cette loi donne à l’enfant adultérin le titre d’héritier. Pourtant, au lendemain de cette loi, tous les enfants adultérins ne bénéficient pas des mêmes droits successoraux que les enfants légitimes. L’ordre public restreint encore leurs droits car l’opinion publique n’est pas encore prête à faire primer les enfants adultérins sur le mariage. Le législateur doit concilier la défense du mariage et l’égalité successoriale des enfants adultérins\(^\text{809}\) car cet enfant est le fruit d’une faute\(^\text{810}\) dont la victime


\(^{810}\) « Si au temps de la conception de l’enfant, le père ou la mère était engagé dans des liens de mariage avec une autre personne. » selon l’article 334 alinéa 3 du Code civil de 1972.
doit être protégée. Cette conciliation se fait au détriment des enfants aduléterins.

La loi du 3 janvier 1972 prévoit ainsi des règles dérogatoires lorsque, à l’ouverture de la succession, l’enfant naturel est en concours avec celui qui était le conjoint de son parent engagé dans les liens du mariage à l’époque de sa conception ou avec les enfants légitimes issus de l’union transgressée par l’adultère.

**283. Une réserve spéciale face aux enfants légitimes** – L’article 915 du Code civil prévoit que lorsque l’enfant adulte est en concours avec les enfants légitimes issus du mariage bafoué, sa part dans la réserve n’est que de la moitié de ce qu’il aurait eu si tous les enfants, y compris lui-même, avaient été légitimes. Le mode de calcul est le suivant : imaginons que l’enfant adulte ait été en concours avec deux enfants légitimes issus de l’union transgressée. Dans ce cas, la réserve globale est de trois-quarts. Si l’enfant adulte avait été légitime, il aurait dû recevoir un quart de la réserve globale. Mais puisqu’il est adulte, sa réserve est diminuée de

---

811 Ainsi, la loi diminue les droits successoraux de l’enfant adulte mais seulement dans un cas : lorsque à l’ouverture de la succession l’enfant a en face de lui celui qui était le conjoint à l’époque où il a été conçu ou bien les enfants légitimes issus de l’union qui existait à cet époque.


812 Nous utiliserons le terme enfant adulte pour désigner l’enfant naturel dont le père ou la mère était, au temps de la conception, engagé dans les liens du mariage avec une autre personne et qui est appelé à la succession de son auteur en concours avec les enfants légitimes issus de cette union et/ou l’époux de son auteur au moment de la conception dans les développements qui suivront.

813 Selon l’article 915 du Code civil de 1972 : « Quand un enfant naturel dont le père ou la mère était, au temps de la conception, engagé dans les liens du mariage, il peut être par sa présence pour le calcul de la quotité disponible ; mais sa part dans la réserve héritière n’est égale qu’à la moitié de celle qu’il aurait eue si tous les enfants, y compris lui-même, eussent été légitimes.

La fraction dont sa part dans la réserve est ainsi diminuée accroîtra aux seuls enfants issus du mariage auquel l’adultère a porté atteinte ; elle se diviserait entre eux par égale portion. »
moitié soit 2/16\textsuperscript{e}. Les 2/16\textsuperscript{e} restants accroissent la part de réserve des enfants légitimes. Ces derniers se voient ainsi attribuer 5/16\textsuperscript{e} de la réserve chacun tandis que l’enfant adultérin n’a que 2/16\textsuperscript{e} de la réserve.

L’enfant adultérin voit également sa réserve diminuée en présence du conjoint survivant trahi. En effet, la loi accorde à ce dernier une quotité disponible entre époux augmentée, ce qui, corrélativement, diminue la réserve de l’enfant adultérin. Dans cette hypothèse, l’article 1097 du Code civil accorde au conjoint survivant les trois-quarts des biens de la succession en propriété ou la moitié en propriété et l’autre moitié en usufruit ou la totalité en usufruit. Toutefois, cette quotité disponible spéciale ne peut être attribuée au conjoint que s’il est seul en concours avec un ou plusieurs enfants adultes. Si le de cujus laisse d’autres enfants issus ou non du mariage, il ne peut gratifier son conjoint que de la quotité disponible spéciale de l’article 1094-1\textsuperscript{815}.

La loi conforte également la situation du conjoint victime qui avait été gratifié d’un legs ou d’une donation puisque l’article 1097-1\textsuperscript{816} du Code civil refuse la conversion en rente viagère de l’usufruit donné ou légué.

284. Limitation de la faculté de disposer - La loi limite également la faculté de disposer au profit de l’enfant adultérin afin d’empêcher que son infériorité successorale ne soit compensée par des donations. Ainsi, l’article 908 du Code civil\textsuperscript{817} lui interdit de recevoir des libéralités de son auteur et le cantonne à sa part successorale réduite. Toutefois, cette incapacité de

---

\textsuperscript{814} Cette règle ressemble à celle admise antérieurement pour l’enfant naturel. Voir supra n° 271.

\textsuperscript{815} Article 1094-1 du Code civil de 1972 : « Pour le cas où l’époux laisserait des enfants ou descendants, soit légitimes, issus ou non du mariage, soit naturels, il pourra disposer en faveur de l’autre époux, soit de la propriété de ce dont il pourrait disposer en faveur d’un étranger, soit d’un quart de ses biens en propriété et des trois autres quarts en usufruit, soit encore de la totalité de ses biens en usufruit seulement. »

\textsuperscript{816} GRIMALDI M., Droit civil – successions, 6 édition Litiec, 2001, p. 146 et suiv. § 139 et suiv.
recevoir est subordonnée à la condition que l’enfant soit en concours avec les victimes de l’adultère. Elle est, en outre, limitée aux libéralités supérieures à l’émolument successoral.

L’article 908-18 consacre une jurisprudence antérieure selon laquelle cette restriction s’applique également aux enfants adultérins dont la filiation n’est pas légalement établie, si « par des indices tirés de l’acte lui-même », il est prouvé que la filiation a été, pour l’auteur, la cause déterminante et impulsive de la libéralité819.

Ces articles étaient source d’incertitude puisqu’il était impossible pour le disposant de savoir dans quelles conditions la succession serait partagée et quels seraient les héritiers en présence. Or, la part de l’enfant adultérin était fonction de ces héritiers.

La sanction est une action en réduction qui peut être exercée après l’ouverture de la succession820. Néanmoins cette action ne peut être intentée que par le conjoint ou les enfants issus du mariage bafoué.

285. L’attribution anticipée valant règlement de ses droits successoraux -
La présence de l’enfant adultérin peut être source de conflit. Le législateur de 1972 ressuscite l’ancienne faculté d’apportionnement de l’enfant naturel tout en la modifiant821. Cette attribution anticipée était prévue aux anciens articles 762 à 764 du Code civil. Le père ou la mère de l’enfant adultérin pouvait lui faire une attribution de biens anticipée valant règlement anticipé

---

817 Selon l’ancien article 908 du Code civil : « Les enfants naturels ne peuvent rien recevoir par donation entre vifs ou par testament de leur père ou de leur mère au-delà de ce qui leur est accordé par les articles 759 et 760 ci-dessus lorsque le disposant était au temps de leur conception engagé dans les liens du mariage avec une autre personne.

L’action en réduction ne pourra être exercée, néanmoins, que par le conjoint ou par les enfants issus de ce mariage, selon les cas, et uniquement après l’ouverture de la succession. »

818 « Les dispositions de l’article précédent (908) sont applicables quand bien même la filiation des gratifiés ne serait pas légalement établie, si par des indices tirés de l’acte lui-même, il est prouvé qu’elle a été la cause de la libéralité. »


820 GRIMALDI M., op. cit., p. 146 et suiv. § 139 et suiv.
de ses droits successoraux lorsqu’il se trouvait au décès en concours avec les personnes protégées aux anciens articles 759 et 760 du Code civil. Cette attribution se fait au moyen d’une libéralité dans laquelle le disposant déclare vouloir réaliser une attribution de biens au profit de l’enfant adulte et exclure toute participation personnelle de celui-ci lors des opérations de partage et de liquidation consécutives à l’ouverture de sa succession.

L’auteur de l’attribution ne peut être que le père ou la mère de l’enfant adulte et son bénéficiaire, un enfant naturel se trouvant dans le cas des articles 759 à 760 du Code civil.

L’attribution doit être de biens présents dans une quantité « suffisante » en tenant compte de la vocation successorale de l’enfant adulte, l’attribution se faisant sous la forme d’une donation. Néanmoins, si l’enfant adulte n’accepte pas la donation, celle-ci prend la forme d’une offre de donation.

Pour que la donation vaille attribution anticipée des droits successoraux de l’enfant, cela doit être expressément précisé dans l’acte. L’acte doit également désigner un tiers chargé de représenter l’attributaire dans les opérations de partage et liquidation de la succession. Ce tiers, conformément à l’article 763-2 ne peut être qu’un notaire, un agent de change ou certains banquiers.

L’attribution ne prend effet que lorsqu’elle est acceptée ou que son auteur est décédé. L’acceptation ou le décès opère alors transfert de propriété. Toutefois, l’attribution ne prend effet au décès que s’il se trouve parmi les héritiers acceptants, le conjoint survivant victime de l’adultère ou un enfant légitime issu du mariage bafoué. Dans le cas contraire, la combinaison est caduque.

---


L’attribution vaut avancement d’hoirie. Ainsi, si au décès, l’enfant adulte ou un enfant issu du mariage transgressé, il faut vérifier le caractère suffisant de l’attribution en l’estimant comme en matière de rapport, puis en imputant la valeur des biens attribués sur la part successorale afin de l’ajuster soit en la réduisant soit en la complétant. Le représentant désigné dans l’acte représente l’enfant adulte lors de ces opérations\(^{824}\).

La nature de cet acte, tout comme celle de la faculté d’apportionnement de l’enfant naturel simple sous l’empire du Code civil de 1804, a été discutée puis qualifiée de pacte sur succession future autorisé par la loi.

Ces restrictions étaient dotées d’une symbolique forte : on admettait que l’enfant adulte fasse partie de la maison mais il ne pouvait en franchir la porte librement, il devait rester sur le seuil\(^{825}\).

Il faut attendre la condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l’homme pour qu’enfin, la législation évolue et que l’enfant adulte devienne un enfant comme les autres en matière successorale.

\begin{center}
B- L’arrêt Mazurek ou la fin des discriminations envers les enfants adultes
\end{center}

\textbf{286. Une législation obsolète -} De nombreux auteurs prédisaient la condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l’homme\(^{826}\). Alors qu’en 1972, de nombreux auteurs critiquaient le libéralisme de la loi du 3 janvier 1972, dans les années 1990, un consensus se dégage contre les discriminations envers les enfants adultes. On y oppose le principe de personnalité des peines : seul l’époux infidèle devrait être

\begin{footnotesize}

824 CORNU G. « La naissance et la grâce (à propos du projet de loi sur la filiation ) », D. 1971, chr.165.

\end{footnotesize}
sanctionné. En outre, l’adultère n’est plus contraire aux bonnes mœurs \textsuperscript{827}. Enfin, on se marie moins qu’autrefois et l’union est plus précaire \textsuperscript{828}.

Malgré ces arguments, aucun projet de loi visant à établir l’égalité successorale des enfants adultérins n’est déposé. Il faut attendre la condamnation de la France devant la Cour européenne des droits de l’homme pour que le législateur se penche sur la question.

\textbf{287. L’arrêt Mazeurk contre France} - La France est condamnée le 21 février 2000 par la Cour européenne des droits de l’homme dans l’arrêt Mazeurk contre France \textsuperscript{829}. Les faits de l’espèce étaient les suivants. Madame Mazeurk avait mis au monde un enfant naturel, Alain, légitimé par mariage l’année suivant sa naissance. Durant le mariage, mais alors que les époux sont séparés de fait, elle met au monde un second fils, Claude, inscrit sur les registres d’état civil sous le seul nom de sa mère et sans indication du nom du mari \textsuperscript{830}. Sa filiation n’est, par conséquent, établie qu’à l’égard de sa mère, comme s’il y avait eu désaveu admis en justice \textsuperscript{831}. Claude, né pendant le


\textsuperscript{828} 231 000 mariages en 2014 en France alors que des années 1950 à 1980, 300 000 personnes se mariaient chaque année: http://www.insee.fr/fr/themes/document.asp?ref_id=if18


\textsuperscript{830} Ainsi que le permettait l’article 313-1 du Code civil qui déclarait : « La présomption de paternité est écartée, quand l’enfant, inscrit sans l’indication du nom du mari, n’a de possession d’état qu’à l’égard de la mère. »

\textsuperscript{831} Conformément à l’article 313-2 du Code civil qui disposait que « Lorsque la présomption de paternité est écartée dans les conditions prévues aux articles précédents, la filiation de l’enfant est établie à l’égard de la mère comme s’il y avait désaveu admis en justice. »

La Cour de cassation rejette le pourvoi. Elle écarte la convention de New York au motif qu’elle ne s’applique qu’aux mineurs. Elle écarte également les articles 8 et 14 de la Convention Européenne des droits de l’homme au motif que l’article 14, qui interdit toute discrimination fondée sur la naissance, n’est pas autonome et ne peut être invoqué que pour protéger un droit ou une liberté protégé par la Convention Européenne des droits de l’homme. Or, la vocation successoriale est étrangère au respect de la vie privée et familiale dont le droit est reconnu par l’article 8 de la Convention Européenne des droits de l’homme.

Claude porte alors l’affaire devant la Cour Européenne des droits de l’homme de Strasbourg sur les fondements de la violation des articles 14 et 8 combinés d’une part et sur le fondement de la violation des article 1er du protocole additionnel n°1 et 14 combinés d’autre part.

832 Selon certains auteurs, sa demande n’était pas recevable car l’ancien article 760 ne visait que les enfants adultes en concours avec les enfants légitimes issus du mariage pendant lequel il a été conçu. Néanmoins, le débat ne s’est pas placé sur ce terrain. En ce sens, MASSIP J., note sous CEDH, 1er février 2000, Défroisois 30 mai 2000, n° 10, p. 654.
La Cour Européenne des droits de l’homme condamne la France sur le fondement de la violation de l’article 1er du protocole additionnel n°1 de la Convention Européenne des droits de l’homme combiné avec l’article 14. L’article 1er du protocole additionnel n°1 à la CEDH dispose que « toute personne (...) a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété privée (...). » La Cour affirme qu’il n’y a pas de rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés par la loi française – l’exclusion partielle de la succession – et le but invoqué par le gouvernement – à savoir la protection de la famille légitime.

La Cour avait déjà appliqué l’article 1er du protocole additionnel de la CEDH à la matière successorale dans l’affaire Inze contre Autriche. Selon la Cour, les droits des héritiers sur la succession sont des droits patrimoniaux entrant dans le champ du droit de propriété. Elle part, en effet, du postulat que, dès lors que la succession est ouverte, les héritiers ont déjà acquis des droits sur le patrimoine du défunt. L’objet du conflit est ce patrimoine.

En revanche, la Cour écarte la discrimination fondée sur l’article 8, qui protège la vie familiale, combiné avec l’article 14. En effet, cet article ne peut être appliqué à la matière successorale que lorsqu’un héritier est entièrement exclu d’une succession et donc d’une famille, ainsi que cela a été proclamé dans l’arrêt Marckx contre Belgique. Dans cette espèce, la loi belge refusait tous droits successoraux à une catégorie d’enfants naturels. La Cour affirme que l’article 8 n’impose pas qu’un


836 Affaire Inze c/Autriche, 28 octobre 1987, série A, n° 126, p. 17. Dans cette espèce, un enfant naturel se plaignait de ne pouvoir bénéficier de l’attribution préférentielle d’une exploitation agricole, la loi autrichienne faisant primer les enfants légitimes sur les enfants naturels dans l’attribution préférentielle.


838 CANAPLE, note sous CEDH, 1er février 2000 précitée sous note 835.

839 Arrêt Marckx c/Belgique, 13 juin 1979, A.31 : JDI 1982 p 183, note ROLLAND ; GA n° 42.
enfant ait droit à une partie de la succession de son auteur. Le droit à l’héritage est facultatif pour les états. En revanche, si le droit à l’héritage est admis, il doit l’être sans discrimination entre les enfants. L’enfant naturel n’ayant rien reçu dans la succession de son auteur, il ne pouvait invoquer l’article 1 du protocole 1 de la Convention Européenne des droits de l’homme. Les personnes qui ne sont pas appelées à hériter ne peuvent invoquer que les articles 8 et 14 combinés de la Convention Européenne des droits de l’homme car elles ont été reléguées hors de la famille. Tandis que les personnes qui ont reçu une part même infime du patrimoine de leur auteur se placent sur le terrain des articles 1er du protocole additionnel n°1 et 14.

La restriction à la capacité de recevoir à titre gratuit est en revanche protégée par les articles 8 et 14 combinés. En effet, cette restriction empêche de recevoir une partie du patrimoine.

De nombreux auteurs, ainsi que deux juges, ont critiqué le fondement de cette décision car cela signifie que tant que la succession n’est pas ouverte, l’égalité des filiations n’est pas obligatoire alors que la violation de l’article 8 avait pourtant été invoquée par Monsieur Mazeur.

288. La loi du 3 décembre 2001 - La Cour Européenne des droits de l’homme ayant condamné l’inégalité de traitement successoriale des enfants adultérins, la loi française devait évoluer. Le gouvernement avait prévu une réforme qui s’inscrivait dans un projet de loi relatif à la famille. Mais pour éviter d’autres condamnations de la France, il fallait légiférer au plus vite. C’est la raison pour laquelle l’abrogation des articles discriminatoires à

841 GARAUD E., article précité, note 840.
843 Le requérant ne voulait en effet, pas réduire le litige à une question d’argent mais souhaitait faire trancher plus largement sur la défaveur dont la famille adultérine faisait l’objet. En ce sens, voir STOFFEL-MUNCK P., article précité note 835.
l’encontre de l’enfant adultérin est placée dans le projet de loi relatif aux droits du conjoint survivant du 3 décembre 2001.\(^{844}\) La loi du 3 décembre 2001 comporte trois articles réglant le sort des enfants adultérins. Désormais, il n’est plus fait allusion à une différence de statut entre les enfants dans les articles relevant du droit des successions. Les anciens articles 759 à 762 sont supprimés.\(^{845}\) Les dispositions de la loi du 3 décembre 2001 sont d’application immédiate « sous réserve des accords amiables déjà intervenus et des décisions judiciaires irrévocables (...) aux successions ouvertes à la date de publication de la loi au Journal officiel de la République française et n’ayant pas donné lieu à partage avant cette date.\(^{846}\) » Cette disposition a été critiquée. Dans certaines régions,\(^{847}\) les partages n’ont pas lieu. En Polynésie, les décisions ne sont jamais signifiées. Les enfants adultérins pourraient faire appel et une étude de la jurisprudence nous montre que ces inquiétudes ne sont pas vaines. Ainsi, un arrêt de la Première chambre civile de la Cour de cassation du 15 mai 2008\(^{848}\) sanctionne la Cour d’appel de Papeete pour avoir refusé la réduction d’un legs universel au profit d’un enfant adoptif du \textit{de cujus}, réduction demandée par l’un de ses enfants adultérins au motif que les enfants adultérins nés avant l’entrée en vigueur de la loi du 3 janvier 1972 n’ont aucun droit dans la succession. La Cour de cassation casse

\[\text{845} \quad \text{BOUVIER M., « L’égalité des filiation », Gazette du Palais 2002, n° 276, p. 4.}\]
\[\text{846} \quad \text{Article 25-II de la loi n° 2001-1135 du 3 décembre 2001.}\]
\[\text{847} \quad \text{La Corse et la Polynésie française notamment.}\]
\[\text{848} \quad \text{Bull. civ. 2008, I, n° 139.}\]
l’arrêt d’appel puisque la succession n’ayant pas donné lieu à partage, les dispositions de la loi du 3 décembre 2001 étaient applicables.


850 BEIGNIER B., note sous Cass. 1 Civ., 7 juin 2006 : Dr. Fam. 2006, comm. 197.
rejetée par la Cour de cassation au motif qu’une donation-partage opérant partage successoral avait été réalisée avant le 4 décembre 2001. Ainsi les dispositions de la loi du 3 décembre 2001 n’étaient pas applicables à ce cas d’espèce. La Cour Européenne des droits de l’homme se prononça en deux temps. Tout d’abord, elle a décidé, dans une décision du 21 juillet 2011, que les dispositions transitoires des lois de 1982 et 2001 poursuivaient le but légitime de garantir le principe de sécurité juridique et les droits acquis de longue date des enfants légitimes et que cela n’était pas discriminatoire. Le requérant a alors porté l’affaire devant la grande chambre de la Cour européenne laquelle a infléchi cette décision disant que cela portait atteinte aux articles 1er du protocole additionnel n°1 et 14 combinés. Ainsi, les dispositions transitoires de la loi du 3 janvier 1972 refusant la remise en cause des donations entre vifs antérieures et celles de la loi du 3 décembre 2001 interdisant la remise en cause des partages successoraux antérieurs sont discriminatoires à l’égard des enfants naturels et adultérins.

Contrairement à ce que l’on peut penser de prime abord, la remise en cause d’un partage successoral antérieur à 1972 ne porte pas une atteinte disproportionnée à la sécurité juridique. En effet, la remise en cause d’une donation par l’action en réduction ou par survenance d’enfant a toujours été admise, sans que l’atteinte à la sécurité juridique ne soit qualifiée d’excessive. Les droits des enfants naturels et adulterins existaient, seul leur quantum change en fonction de cette décision.

Ainsi, il paraît nécessaire que la France abolisse ces dispositions transitoires.

---


854 LE CHUITON, article précité.
Désormais, les enfants naturels et légitimes bénéficient des mêmes droits. Pourtant, certains enfants restent privés de leur droit à réserve.

§ III – L’enfant incestueux

290. La discrimination à l’égard de l’enfant incestueux - Malgré les avancées certaines de ces dernières décennies, il reste encore, dans notre droit un enfant privé de droits successoraux à l’égard d’un de ses parents : l’enfant, fruit d’un inceste absolu. Cet empêchement à succéder est le fruit de l’article 310-2 du Code civil\(^\text{855}\) qui prohíbe l’établissement de la filiation née d’un inceste absolu dans sa double composante paternelle et maternelle\(^\text{856}\). On parle d’inceste absolu lorsqu’un enfant naît de relations sexuelles entre ascendant et descendant ou entre frère et sœur. Dans ce cas, seule la filiation maternelle peut être établie, puisqu’elle résulte de l’acte de naissance en application de l’adage « Mater semper certa est »\(^\text{857}\). En conséquence, il est impossible pour le père de faire établir sa filiation avec l’enfant. Or, l’absence de lien de filiation emporte absence de droit de succession.

Cette règle est justifiée par la prohibition de l’inceste. Cette prohibition protège l’ordre social et la famille. L’interdiction de reconnaître l’enfant incestueux est le corollaire de l’interdiction légale de consacrer par mariage l’union sexuelle entre des personnes trop proches. Il ne s’agit pas seulement de l’intérêt de l’enfant à jouir d’un état-civil ne révélant pas sa filiation incestueuse mais de l’intérêt général, de ne pas consacrer, par la filiation, la violation d’un interdit car l’inceste absolu perturbe

\(^{855}\) Article 310-2 du Code civil : « S’il existe entre les père et mère de l’enfant un des empêchements à mariage prévus par les articles 161 et 162 pour cause de parenté, la filiation étant déjà établie à l’égard de l’un, il est interdit d’établir la filiation à l’égard de l’autre par quelque moyen que ce soit. »

\(^{856}\) MALAURIE P. et AYNES, La famille, 4 èd. Defrénois, 2011, p. 381, § 959.

\(^{857}\) La filiation paternelle ne pourra être établie qu’en cas d’accouchement sous X.

Cette prohibition est d’ordre public et ne peut être contournée par aucun moyen. Ainsi, l’adoption d’un enfant incestueux par son autre parent est impossible puisque l’institution est détournée pour arriver à une conséquence prohibée par la loi.

Peut-on faire un parallèle avec la situation de l’enfant adultérin avant la loi du 3 janvier 1972 ? En aucun cas puisque le refus de reconnaître l’enfant adultérin servait à protéger la famille légitime, tandis que le fondement de la prohibition de la reconnaissance de l’enfant incestueux est l’intérêt de l’enfant. Néanmoins, ce n’est pas en niant un fait qu’on le fait disparaître. « C’est le vice qui rend par l’hypocrisie hommage à la vertu ». Ces enfants existent et leur intérêt devrait primer. Or, ce n’est pas dans leur intérêt que de les priver d’une possibilité de ressources.

Il est intéressant de se pencher sur les solutions adoptées par les autres pays d’Europe. La reconnaissance de l’enfant incestueux par ses deux parents est possible en Allemagne, en Autriche, en Croatie, en Grèce, au Portugal, en Suisse et en Turquie. L’Espagne a choisi une voie médiane puisqu’une autorisation de reconnaissance peut être accordée judiciairement si elle profite à l’enfant. Toutefois, si l’enfant n’y a pas consenti, il peut faire annuler la reconnaissance à sa majorité.

291. Proposition - Pour permettre à l’enfant incestueux d’avoir des ressources financières, l’action à fin de subsides lui est ouverte pendant sa minorité et les deux années suivant sa majorité. Cette action, intentée par

l’enfant envers l’homme qui a eu des relations sexuelles avec sa mère à l’époque de la conception, lui alloue des subsides permettant de subvenir à son entretien et son éducation. Mais cette action n’est pas totalement satisfaisante. En effet, les subsides sont des aliments qui dépendent des besoins de l’enfant. Il ne s’agit pas d’une subsistance. En outre, elle ne donne aucun droit successoral à l’enfant et le prive ainsi de la subsistance à laquelle il a droit par la réserve héréditaire. Imaginer modifier l’action en subsides pour y intégrer des conséquences en matière successoriale est tentant mais pas satisfaisant. En effet, elle irait à l’encontre de toute l’économie de notre droit successoral fondé sur le lien de filiation et de parenté. Seul l’établissement du lien de filiation peut créer des droits successoraux.

Certains auteurs suggèrent, cherchant une voie moyenne, d’étendre les conséquences de la filiation profitables à l’enfant telles l’obligation alimentaire et la vocation successoriale légale, sans pour autant remettre en cause le principe actuel862. Mais la vocation légale est une conséquence de l’appartenance à une famille, dissocier cette vocation de son fondement juridique irait à l’encontre de la cohérence du droit des successions863.

La solution la plus conforme à l’intérêt de l’enfant incestueux serait d’envisager un établissement de la filiation mais cet établissement serait strictement encadré par l’intérêt de l’enfant. Ainsi, seul l’enfant pourrait faire cette demande à sa majorité afin d’être certain que celui-ci est capable d’en assumer les conséquences. Pendant sa minorité, son représentant légal ne pourrait former qu’une demande d’action à fin de subsides même en cas de décès du parent pendant la minorité de l’enfant.

§ IV – L’extension de l’action en retraitement à tous les enfants

862 En ce sens, FENOUILLET D., « L’adoption de l’enfant incestueux par le demi-frère de sa mère, ou comment l’intérêt prétendu de l’enfant tient lieu de seule règle de droit », dr. fam. 2003, chron. 29.
292. Une jurisprudence contestable - Alors que la loi du 3 janvier 1972 avait supprimé les inégalités entre les enfants naturels et légitimes, elle n’a pas modifié l’article 1527 du Code civil prévoyant l’action en retraitement\textsuperscript{864}. On peut se demander s’il s’agissait d’un oubli du législateur d’autant que les commentaires de la loi n’en disaient mot et que cela équivalait tout simplement à élargir la réserve des enfants naturels en présence d’un nouveau conjoint. De nombreux auteurs relevaient que cette exception se comprenait avant la loi du 3 janvier 1972 mais qu’elle était indéfendable depuis la proclamation de l’égalité des filiations\textsuperscript{865}. Cette question s’est posée aux juges de la Cour de cassation. Un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation du 8 juin 1982\textsuperscript{866} affirme que l’article 1527 alinéa 2 est un texte spécial qui déroge à la disposition générale de l’article 334 alinéa 1\textsuperscript{867}. Pour cette raison, la Cour de cassation refuse d’homologuer le changement de régime matrimonial d’époux dont l’un avait un enfant naturel né avant le mariage au motif que les juges devaient veiller aux droits de cet enfant auquel l’article 1527 alinéa 2 n’était pas applicable. L’intention de la Cour de cassation est louable et les commentateurs approuvent l’application orthodoxe de l’article 1527 alinéa 2 permettant de sauvegarder les droits de l’enfant naturel. Pourtant, elle confirme une discrimination à laquelle le législateur avait pourtant renoncé en 1972. En outre, même si les juges veillaient aux changements de régimes matrimoniaux, les époux étaient libres de choisir le contrat de mariage de leur choix.

\textsuperscript{864} Nous avons déjà parlé de cette action \textit{infra} n° 275.

\textsuperscript{865} En ce sens, TERRE F. et SIMLER P., \textit{Droit civil, les régimes matrimoniaux,} 3\textsuperscript{e} édition Montchrestien, 2000, n° 349, p. 276 ; FLOUR J. et CHAMPENOIS G., \textit{Les régimes matrimoniaux,} 2\textsuperscript{e} édition Armand Colin, 2001, p. 673, § 723 ; MAZEAUD H, J ET L, DE JUGLART, \textit{Leçons de droit civil, Les successions, les libéralités,} t. IV, vol. 1, 4\textsuperscript{e} édition, n° 519 ; RONDEAU-RIVIER M.-C., \textit{Le remariage,} thèse, Lyon, 1981. Selon ces auteurs, une extension du texte par analogie, privilégiant ainsi l’esprit sur la lettre devait s’imposer.


avant la célébration de l’union. S’ils souhaitaient opter pour la communauté universelle assortie d’une clause d’attribution intégrale en faveur du survivant ou tout autre convention matrimoniaire leur permettant de s’attribuer davantage que la quotité disponible entre époux, personne ne pouvait les en empêcher et les enfants naturels étaient privés de leur réserve.

293. **L’extension de l’action en retranchement aux enfants naturels par la loi et par la jurisprudence** - Cette situation a perduré jusqu’à la loi du 23 décembre 2001 laquelle étend l’action en retranchement à tous les enfants non issus des deux époux. Dans l’article 1527, l’expression « enfants nés d’un précédent mariage » est remplacée par « enfants qui ne seraient pas issus des deux époux. »

En outre, la Cour de cassation rend, le 29 janvier 2002, un arrêt dans lequel elle rompt avec sa jurisprudence antérieure et étend le bénéfice de l’action en retranchement aux enfants naturels. La Cour de cassation écarte la loi nouvelle dans cette espèce car elle ne peut appliquer cette loi à une espèce antérieure mais expose que l’article 1527 alinéa 2 ancien doit être interprété au regard des articles 1er du protocole additionnel n°1 et 14 de la CEDH et être appliqué aux enfants naturels.

Cet arrêt est-il inutile comme le pensent certains auteurs ou pose-t-il davantage de problèmes? En effet, il permet aux enfants naturels de demander le retranchement

---

867 Article 334 alinéa 1er du Code civil de 1972 : « L’enfant naturel a en général les mêmes droits et les mêmes devoirs que l’enfant légitime dans ses rapports avec ses père et mère. »

868 ROUBIER P., *Le droit transitoire (conflit des lois dans le temps)*, Dalloz et Sirey, 2e édition, 1960, n° 62, p. 288 : « La Cour de cassation a la mission de juger les décisions des juridictions inférieures, au point de vue de leur conformité à la loi; mais les décisions antérieures à la loi rétroactive ne peuvent être cassées, pour être devenue après coup contraire à cette loi; comment censurer la décision qui a été rendue sur la base de la loi antérieure et qui est pleinement conforme à celle-ci? » Les exceptions sont les lois interprétatives et les lois rétroactives dont le législateur a prévu expressément l’application aux pourvois pendants.

869 voir infra n° 287.

dans le délai de 30 ans alors que la loi ne permettait la rétroactivité que pour les successions non liquidées. Toutefois, si l’on se réfère à l’arrêt de la Cour Européenne des droits de l'homme du 7 février 2013\(^873\), cet arrêt, en permettant de revenir trente ans en arrière, permet d’éviter une nouvelle condamnation de la France et doit donc être approuvé.

Alors que les enfants naturels ont vu leurs droits à réserve augmenter au cours du dernier siècle, les autres bénéficiaires de la réserve ont connu des changements notables dénotant une volonté de resserrer la réserve à la famille nucléaire.

### 294. Conclusion de section


La loi du 3 décembre 2001 a également supprimé la dernière discrimination à l’égard des enfants naturels en leur ouvrant le bénéfice de l’action en retranchement.

Il existe encore aujourd’hui un enfant privé de droits successoraux parce qu’il ne peut être reconnu par son parent : l’enfant incestueux. On peut penser que cette discrimination sera bientôt reconnue par la CEDH et qu’il est nécessaire que la France modifie sa législation pour permettre à cet enfant d’obtenir des droits successoraux.

---


\(^{873}\) Cet arrêt a été étudié infra n° 289.
Après avoir ouvert la réserve à tous les enfants, le législateur a entrepris de resserrer celle-ci à la famille nucléaire.

Section II – Le resserrement des bénéficiaires de la réserve à la famille nucléaire

295. **Plan** - La réserve héréditaire s’est désormais resserrée autour de la famille nucléaire. Le conjoint accède enfin à la réserve héréditaire (§ I) tandis que les ascendants en sont désormais exclus (§ II) démontrant ainsi que le nouveau modèle familial contemporain est la famille composée du conjoint et des enfants.

§ I – La nouvelle réserve du conjoint survivant

296. **Genèse de la réserve héréditaire du conjoint** - À l’origine du Code civil, la qualité d’héritier réservataire n’appartenait qu’aux descendants et ascendants en raison du principe de la conservation des biens dans les familles, fondement originel de la réserve coutumière. Ces dernières décennies, la transformation du patrimoine familial, désormais en grande majorité acquis par le couple en cours d’union, et le resserrement de la famille élargie à la famille nucléaire a mis au jour la situation défavorable du conjoint survivant.

Les études réalisées préalablement au vote de la loi du 3 décembre 2001, ainsi que les projets de loi n°2530 et 1941, rapportaient que l’opinion publique était favorable à l’octroi d’un « minimum successoral garanti » au profit du conjoint survivant ; d’autant qu’en Europe, la réserve du conjoint survivant était déjà une institution répandue puisqu’elle existait en Irlande, Autriche, Italie, Allemagne, Grèce,

A - Régime du droit à réserve du conjoint

\textbf{297. Plan} - Il s’agit d’étudier le bénéficiaire et le \textit{quantum} de la réserve du conjoint avant d’en examiner la mise en œuvre.

\textbf{298. Bénéficiaire} - Le conjoint bénéficiaire de la réserve est, conformément à l’article 914-1 du Code civil, le conjoint successible non divorce\footnote{Dans la loi du 23 décembre 2001, le conjoint réservataire ne devait pas être engagé dans une instance de divorce ou de séparation de corps. La loi du 23 juin 2006 a supprimé cette condition.}. La réserve du conjoint survivant est subsidiaire, elle ne trouve à s’appliquer qu’en l’absence de descendant afin d’éviter un cumul de réserve préjudiciable à la liberté de disposer. Ainsi, en présence de descendants, le conjoint ne peut se prévaloir de sa réserve et peut être complètement exhérédié. L’octroi d’une réserve au conjoint dépend ainsi du lien de parenté des héritiers laissés par le défunt\footnote{Pour une critique de cette disposition, voir CATALA P., « La proposition de loi relative au droits du conjoint survivant. » JCP G 2001, n° 18, act.}. On peut s’étonner que le conjoint survivant puisse être exhérédié alors qu’il a des enfants communs avec le \textit{de cujus} d’autant que le calcul des droits \textit{ab intestat} du conjoint en présence de descendants n’est pas favorable à celui-ci. En effet, il ne bénéficie pas du

\footnote{Cf. supra n° 17.}
rapport des libéralités
des biens dont le prédécédé n’a pas disposé ni par acte entre vifs ni par acte testamentaire et sans préjudicier aux droits de réserve ni aux droits de retour. 

En effet, conformément à l’article 758-5 du Code civil, le conjoint ne peut exercer son quart en propriété que sur les biens dont le prédécédé n’a pas disposé ni par acte entre vifs ni par acte testamentaire et sans préjudicier aux droits de réserve ni aux droits de retour.


Cf. supra n° 423.
être menées conformément aux articles 922 et suivants du Code civil\textsuperscript{884}. Il est possible que le conjoint soit rempli de sa réserve par une donation antérieure de manière fortuite puisque, les donations entre époux faites antérieurement à la loi du 3 décembre 2001 avaient été rédigées sans préciser de secteur d’imputation. Conformément à l’article 843 du Code civil, elles sont alors présumées rapportables \textsuperscript{885} et s’imputent sur la réserve du conjoint survivant.

301. **Date de prise en compte de la réserve du conjoint en présence de libéralités antérieures** – L’admission de la réserve du conjoint pose une difficulté : la réserve du conjoint pourrait-elle remettre en cause les libéralités antérieures à son entrée en vigueur par l’action en réduction ? La loi n’a pas prévu de mesures transitoires contrairement à la loi du 3 janvier 1972 qui avait expressément limité l’application immédiate des extensions de la réserve au profit des enfants naturels\textsuperscript{886} et à la loi du 3 décembre 2001 laquelle était d’application immédiate « sous réserve des accords amiables déjà intervenus et des décisions judiciaires irrévocables (...) aux successions ouvertes à la date de publication de la loi au Journal officiel de la République française et n’ayant pas donné lieu à partage avant cette date\textsuperscript{887} »

On peut tout d’abord penser que la libéralité antérieure prime la réserve du conjoint survivant. En effet, il paraît difficilement concevable qu’une donation soit réduite, par l’effet d’une loi postérieure réduisant la quotité disponible, en raison de

\textsuperscript{884} Tandis que le mode de calcul des droits \textit{ab intestat} du conjoint est spécifique puisque le conjoint survivant ne bénéficie pas du rapport au titre de ses droits \textit{ab intestat} selon l’article 758-5 du Code civil.


\textsuperscript{886} Selon l’alinéa 2 de l’article 14 de la loi du 3 janvier 1972 : « Les droits des réservataires institués par la présente loi ou résultant des règles nouvelles concernant l’établissement de la filiation ne pourront être exercés au préjudice des donations entre vifs consenties avant son entrée en vigueur. »

\textsuperscript{887} Voir supra n° 289.
l’irrévocabilité spéciale des donations. Ce problème avait déjà été tranché par le passé par la jurisprudence qui avait décidé que c’est la quotité disponible en vigueur au jour de l’acte qui prévalait. En revanche, face au legs, révocable, c’est la quotité disponible au jour du décès qui prévaut.

Toutefois, trois arguments peuvent laisser à penser que la jurisprudence pencherait vers la réduction des libéralités antérieures excédant la réserve du conjoint. Tout d’abord, l’absence de dispositions transitoires donne à croire que toute succession ouverte à compter du 1er juillet 2002 est susceptible de se voir appliquer l’action en réduction pour atteinte à la réserve du conjoint survivant même sur des donations antérieures à la loi du 3 décembre 2001. En outre, le droit transitoire dépend avant toute chose de l’intention du législateur et de la politique législative de chaque réforme. Or, l’importance de la réforme des droits du conjoint survivant pour le législateur impose que la réserve du conjoint survivant soit immédiatement applicable, même en présence de libéralités antérieures. Enfin, la réduction des libéralités antérieures au profit du conjoint n’a finalement pas d’incidence sur les

888 La doctrine ancienne « des droits acquis » et la doctrine moderne « de l’effet immédiat » prônent cette solution. La première doctrine la justifie par le caractère irrévocable de la donation qui fait que la situation du donataire se trouve arrêtée au jour de la donation. La doctrine moderne, quant à elle, expose qu’une donation ne saurait être remise en cause par une loi entrée en vigueur entre le jour de la donation et le jour du décès et réduisant la quotité disponible. On considère que les avantages accordés uniquement par la loi sont des effectués tout comme les avantages conférés par un titre révocable. En revanche, les avantages conférés par un titre irrévocable sont des droits acquis. Le réservataire tient ses droits de la loi, ce n’est pas par conséquent qu’une expectative. Tandis que le donataire tenant ses droits d’une donation irrévocable a un droit acquis : GRIMALDI M., La nature juridique de l’institution contractuelle, thèse Paris II, 1977, n° 163 et suiv. in COIFFARD D., « La réserve conjugale », Dr et Patr. 2004, 125.

889 COIFFARD D., « La réserve conjugale », Dr et Patr. 2004, 125.


891 MALAURIE P., Droit civil, Introduction générale, 2 édition Cujas, 1994, n° 662.
prévisions du de cujus puisque le quantum de la réserve du conjoint survivant est identique à celui que la loi accordait de manière individuelle à l’ascendant privilégié. Ainsi, le de cujus savait qu’il était privé du quart de son droit de disposer, même si le bénéficiaire de ce quart a été modifié894.

302. L’articulation de la réserve du conjoint et des droits de retour – Lorsque le conjoint survivant se retrouve en concours avec des frères et sœurs du défunt, un droit de succession anomal s’ouvre, en présence de biens de famille, conformément à l’article 757-3 du Code civil. S’agissant d’un droit de succession anomal, le bien de famille est exclu de la masse de calcul de la réserve du conjoint survivant pour la fraction devant revenir aux frères et sœurs895.

En revanche, le droit de retour au profit des père et mère ne peut être qualifié de succession anomal896. Les biens donnés faisant l’objet du droit de retour font partie de la masse de calcul de la réserve du conjoint survivant897.

Après avoir étudié le régime de la réserve du conjoint survivant, il s’agit de s’interroger sur sa fonction et son opportunité.

B - Opportunité et fonction de la réserve du conjoint survivant

895 Cf. infra n° 53.
896 Pour l’étude de ce droit de retour, voir supra n° 65.
897 Cf. supra n° 67.
303. **Fondement de la réserve du conjoint** – L’opportunité de la réserve du conjoint passe par l’étude de sa fonction. La lecture des travaux préparatoires nous montre que le législateur a souhaité maintenir le niveau de vie du conjoint survivant, son fondement semble être alimentaire\(^{898}\). L’affection présumée ne constitue pas le fondement de la réserve car la présomption devrait alors pouvoir être écartée par une manifestation de volonté contraire\(^{899}\).

304. **Une sous-réserve ?** - Selon certains auteurs, il ne s’agit pas d’une « véritable » réserve puisqu’elle n’aura vocation à s’appliquer que dans de rares cas\(^{900}\). Elle a même été qualifiée de « sous-réserve\(^{901}\) ». Un autre auteur a parlé de réserve subsidiaire\(^{902}\) à opposer à la réserve principale au profit des enfants. On trouverait ainsi une gradation de la réserve. Toutefois, il paraît difficile d’aller dans le sens de ces arguments. La réserve du conjoint est érigée sur le même fondement que la réserve des descendants. Elle a pour but de fournir une subsistance, conforme à son niveau de vie antérieur, au conjoint. Tout comme lorsqu’on conçoit un enfant, on lui doit subsistance, on doit cette même subsistance à la personne avec laquelle on choisit de se marier tout au long de sa vie mais également à son décès.

305. **Opportunité de la réserve** – Lors des discussions de la loi du 23 juin 2006, l’idée d’une réserve héréditaire classique était jugée inadaptée par la plupart des auteurs et des professionnels du droit. On y voyait un danger pour l’institution du mariage puisqu’elle inciterait les époux dont les liens

\(^{899}\) REVOL R., article précité.
seraient distendus à divorcer\textsuperscript{903}. Elle constituerait également une atteinte importante à l’autonomie de la volonté\textsuperscript{904}. En outre, elle compliquerait les liquidations successorales. Elle serait également inadaptée face aux situations particulières telles que les recompositions familiales, les libéralités antérieures et les patrimoines complexes. En outre, elle ne réglerait pas la question des besoins du conjoint puisque le taux de la réserve serait limité\textsuperscript{905}. Enfin, on peut penser qu’elle irait à l’encontre de la volonté de certains époux âgés et sans enfants qui ont choisi de contracter un régime de séparation de bien afin de conserver leurs biens dans leur famille.

Toutefois, ces arguments peuvent être facilement combattus. On peut douter que la réserve constitue un danger pour l’institution du mariage lorsque les liens sont distendus\textsuperscript{906} puisqu’il est possible de renoncer à l’action en réduction par anticipation. Il a été dit qu’elle compliquerait les liquidations successorales, toutefois on peut arguer que la liquidation des droits du conjoint est tout autant source de complications. L’argument selon lequel la réserve serait inadaptée face aux situations particulières telles que les recompositions familiales, les libéralités antérieures et les patrimoines complexes ne nous apparaît pas pertinent puisque de nombreux mécanismes issus de la loi du 23 juin 2006 permettent de pallier toutes les situations. Ainsi, en présence d’une recomposition familiale, les libéralités substitutives permettent de disposer d’un bien en faveur de son conjoint afin qu’il en jouisse sa vie durant à charge de le rendre à ses beaux-enfants à son décès. Les libéralités antérieures, quant à elle, peuvent être consolidées à l’aide d’une renonciation anticipée à l’action en réduction. En outre, l’argument selon lequel la réserve constituerait une atteinte importante à l’autonomie de la volonté peut être renversé puisque les époux sont libres de divorcer s’ils ne s’entendent plus et de contracter une renonciation anticipée à l’action en réduction si l’un d’eux souhaite disposer en faveur d’un tiers. Enfin, l’argument selon lequel la réserve ne réglerait pas la question des besoins du conjoint puisque le taux de la réserve serait limité ne nous

\textsuperscript{903} Malaury P., travaux de la conférence Gisserot, conférence de la famille, 1996 in « Demain la famille », 95 congrès des notaires de France, Marseille 1999, p. 872.

\textsuperscript{904} La dévolution successorale, rapport du 72\textendash Congrès des Notaires de France, Deauville 1975, éd. Promaplan, 1975, p. 447.

\textsuperscript{905} Demain la famille, 95 congrès des notaires de France, Marseille 1999, p. 872 et 873.
paraît pas non plus pertinent puisque la réserve permettrait de donner une subsistance minimale au conjoint.

Aujourd’hui, on se marie par choix et plus par obligation et on n’hésite pas à divorcer lorsque cela ne va plus. Peut-on accepter qu’un conjoint prive son époux de toute subsistance à son décès ? Alors que les époux se doivent mutuellement assistance et secours durant l’union, permettre à un époux de laisser son conjoint dans le dénuement à son décès n’est-il pas contraire à l’esprit du mariage ? La réserve permet, par son fondement et son régime, d’assurer au conjoint survivant une subsistance au moment où il est le plus fragile financièrement.

306. **Réserve ou convention matrimoniale** - On aurait pu se demander si cette question n’aurait pas intérêt à être réglée par le droit des régimes matrimoniaux plutôt que par celui des successions. La liberté des conventions matrimoniales permet d’assurer suffisamment la protection du niveau de vie du conjoint grâce aux conventions matrimoniales à cause de mort. On pourrait même envisager de s’inspirer des régimes matrimoniaux allemands : en effet, lorsque les époux sont mariés sous le régime légal de la participation aux acquêts (Zugewinngemeinschaft), la part légale du survivant est augmentée du quart de la succession lors de la liquidation du régime matrimonial consécutive au décès d’un des époux. On pourrait ainsi imaginer que lors de la liquidation du régime matrimonial en raison du décès, le survivant ne reçoive pas la moitié mais les ¾ des acquêts. Cette solution aurait l’avantage de ne pas être d’ordre public comme la réserve héréditaire puisque les époux souhaitant modifier cette répartition, pourraient adopter un contrat de mariage conventionnel. Toutefois, cette solution diminuerait corrélativement les droits successoraux des enfants et aurait le désavantage de ne pas distinguer entre les enfants issus des époux

907 Conformément à l’article 212 du Code civil.
909 Article 1371 BGB.
et les enfants issus d’un seul époux lesquels ne bénéficieraient pas du
retranchement.

307. **Proposition** - La réserve nous paraît, par conséquent, indispensable
entre époux parce qu’elle continue, après la mort, les obligations contractées
par les époux au titre du mariage. Toutefois, la réserver aux époux n’ayant
pas d’enfant paraît inéquitable, elle devrait être étendue à tous les époux.
Servir la réserve en usufruit serait une solution tentante. Elle permettrait au conjoint
de jouir des biens avec l’inconvénient majeur qu’il ne pourrait pas en disposer en cas
de nécessité. Toutefois, elle n’ajouterait pas grand-chose dans la majorité des cas
puisqu’il conjoint survivant bénéficie du droit d’usage et d’habitation viager sur le
logement de la famille\(^\text{910}\). Ainsi, il paraît plus appréciable pour le conjoint de
bénéficier d’une réserve en propriété mais on pourrait s’inspirer du *quantum* de
nombreuses législations européennes qui accordent au conjoint une part de réserve
d’enfant \(^\text{911}\) car cela permettrait au *de cujus* de conserver une quotité disponible
suffisante.

Après avoir accordé une réserve au conjoint survivant, le législateur a supprimé celle
des ascendants.

§ II – La suppression de la réserve des ascendants

308. **Évolution de la réserve des ascendants en présence du conjoint
survivant** - Le fondement de la réserve des ascendants a varié au cours du
temps tout comme sa quotité.

\[^{910}\] Pour l’ étude de ce droit au logement, voir *supra* n° 413 et suiv.
Lors de la promulgation du Code civil, le fondement de la réserve des ascendants était la conservation des biens dans les familles. Cette réserve était d’un quart par ligne ascendante\textsuperscript{912}. Toutefois, le \textit{de cujus} pouvait réduire cette réserve en disposant en faveur de son conjoint de l’usufruit de la totalité de la réserve des ascendants\textsuperscript{913}, ceux-ci ne gardant que la nue-propriété. Ainsi, l’ascendant ne retrouvait presque jamais la pleine propriété du bien en raison de la jeunesse du conjoint survivant. Ce système était critique\textsuperscript{914} et certains auteurs réclamèrent une subsistance pour les ascendants. C’est ainsi que la loi du 14 février 1900 leur attribua une réserve en pleine propriété. La loi du 3 décembre 1930 réduisit la réserve des ascendants à l’usufruit des biens dont le conjoint était gratifié. L’usufruit permettait aux ascendants de conserver un moyen de subsistance mais à leur décès l’usufruit s’éteignait et la nue-propriété se reconstituait sur la tête du conjoint survivant, s’il avait été gratifié de la portion disponible par le défunt\textsuperscript{915}.

En revanche, en l’absence de conjoint survivant, la réserve avait un double fondement, à la fois de subsistance et de conservation des biens dans la famille.

\textbf{309. Suppression de la réserve des ascendants par la loi du 23 juin 2006 -}

L’article 12,3° de la loi du 23 juin 2006 abroge purement et simplement

\textsuperscript{911} Grèce, Italie, Portugal : http : //www.successions-europe.eu/fr/
\textsuperscript{912} Conformément à l’article 915 cité note 331.
\textsuperscript{913} Article 1094 du Code civil de 1804 : « L’époux pourra, soit par contrat de mariage, soit pendant le mariage, pour le cas où il ne laisserait point d’enfants ni descendants, disposer en faveur de l’autre époux, en propriété, de tout ce dont il pourrait disposer en faveur d’un étranger, et, en outre, de l’usufruit de la totalité de la portion dont la loi prohibe la disposition au préjudice des héritiers. »
\textsuperscript{915} Il faut rappeler qu’avant la loi du 2 décembre 2001, le conjoint survivant ne recevait dans la succession de son conjoint qu’un quart en usufruit si le défunt laissait des enfants légitimes ou naturels, la moitié en usufruit si le défunt laisse des frères et soeurs, des descendants de ces derniers, des ascendants ou des enfants naturels conçus pendant le mariage conformément à l’article 767 du Code civil ou la pleine propriété lorsque le défunt ne laisse dans une ligne aucun parent au degré susceptible ou que des collatéraux autres que les frères et soeurs et descendants de ceux-ci conformément à l’article 765 du Code civil.
l’article 914 du Code civil relatif à la réserve des ascendants\textsuperscript{916}. Cette abrogation était réclamée par une partie de la doctrine\textsuperscript{917}. Le rapporteur de la loi justifie l’abrogation de la réserve des ascendants par le fait qu’elle n’est plus en phase avec les aspirations de la société. En effet, la réserve des ascendants fait remonter les biens vers une génération plus âgée ce qui ne favorise pas le dynamisme économique. En outre, l’existence de la réserve peut être mal vécue par le conjoint survivant notamment lorsque les liens entre les ascendants et le défunt sont distendus\textsuperscript{918}. Ainsi, le législateur a choisi de priver les ascendants de la subsistance prévue par la réserve héréditaire démontrant ainsi que le modèle familial est celui du couple parental marié et de ses enfants.

On peut toutefois critiquer la disparition de la réserve des ascendants pour deux raisons. Tout d’abord, il n’y a désormais plus de réciprocité dans les rapports avec les descendants puisque les ascendants leur doivent une subsistance au cours de leur vie et à leur décès tandis que les ascendants perdent tout droit à réserve au décès de leur enfant\textsuperscript{919}. Ensuite, la réserve est la continuation, après le décès, des devoirs alimentaires. Il est étonnant que les parents soient créanciers alimentaires de leurs enfants durant la vie de leurs enfants mais pas après leurs morts.

310. Créance d’aliments des ascendants ordinaires - L’amendement proposant la suppression de la réserve des ascendants expose que de « toute

\textsuperscript{916} La suppression de la réserve des ascendants a été proposée par un amendement du rapporteur, M. SÉBASTIEN HUYGUE, Amendement n° 162 : http://www.assemblee-nationale.fr/12/amendements/2427/242700162.asp.


\textsuperscript{919} HUYGUES S., rapport AN n° 2850.

\textsuperscript{919} Afin de pallier cet inconvénient, le législateur a créé un droit de retour légal au profit des père et mère. Toutefois, ce palliatif ne remplit pas son rôle ainsi que nous l’avons étudié infra n° 58 et suiv.
façon les ascendants sont protégés par l’obligation alimentaire\textsuperscript{920}. Cette affirmation est inexacte.

L’article 758 du Code civil accorde effectivement aux ascendants ordinaires dans le besoin une créance d’aliment contre la succession du prédécédé lorsque le conjoint survivant recueille la totalité ou les trois quarts des biens composant la succession. Cet article a été créé par la loi du 3 décembre 2001 et son but était de pallier la suppression des droits \textit{ab intestat} des ascendants ordinaires en présence du conjoint survivant\textsuperscript{921}.

Toutefois, les conditions d’octroi de cette aide alimentaire sont étroites. Ainsi, la succession doit être recueillie par le conjoint survivant pour la totalité ou les trois-quarts. Si un tiers est légataire universel, l’ascendant ordinaire ne pourra pas bénéficier de cette créance d’aliment\textsuperscript{922}. Elle est en outre strictement réservée aux ascendants ordinaires. En effet, l’article 758 exclut les père et mère de son champ d’application puisque lors de l’adoption de la loi du 3 décembre 2001, seuls les ascendants ordinaires, du troisième ordre, avaient été écartés entièrement de la succession en présence du conjoint survivant tandis que les père et mère, du deuxième ordre, bénéficiaient de leur réserve. Les père et mère ne sont donc en aucun cas protégés par l’article 758 puisque celui-ci est réservé aux ascendants autres que les père et mère.

311. Réécriture souhaitée des articles 914 et 758 - La suppression de la réserve des père et mère conduit à pouvoir laisser un père et une mère dans le dénuement\textsuperscript{923}. En effet, lorsque leur enfant n’a pas d’enfant, les père et mère perdent leur créancier d’aliment\textsuperscript{924}. Selon certains auteurs, le droit alimentaire des ascendants n’a pas été étendu aux père et mère parce que le

\textsuperscript{920} Amendement n° 162 précité note 916.
\textsuperscript{921} VIDALIES A., \textit{Rapport AN n° 2910}, p. 16.
\textsuperscript{923} A moins qu’il n’ait gratifié leur enfant et qu’il puisse faire jouer leur droit de retour légal.
législateur estime qu’ils sont suffisamment protégés par le droit de retour nouvellement créé 925. Néanmoins, cet argument ne nous paraît pas pertinent : en effet, le droit de retour légal créé par la loi du 23 juin 2006 n’a pas le même objet que la réserve des ascendants puisqu’il ne porte que sur les biens donnés à leur enfant. Si les ascendants n’ont rien transmis, ils n’ont alors droit à rien. Ce donnant-donnant est en contradiction avec la vocation alimentaire de la réserve 926.

Il serait opportun de ressusciter la réserve des père et mère. En effet, les enfants bénéficient de la réserve de leurs parents, ce droit devrait être réciproque. Toutefois, il ne faut pas oublier que les père et mère sont déjà installés dans la vie lorsque leur enfant décède et qu’ils ont, dans la majeure partie des cas, moins besoin d’une subsistance qu’une veuve ou un veuf qui doit assurer seul les dépenses du ménage. C’est la raison pour laquelle cette réserve devrait être successive après celle du conjoint survivant. Ainsi, les père et mère n’en bénéficieraient qu’en l’absence de conjoint survivant ; en sa présence, ils pourraient se prévaloir d’un droit à aliments.

Ainsi, en présence d’un conjoint survivant, on ne peut imaginer priver les père et mère d’aliments si leur situation patrimoniale est délicate. En conséquence, il paraît pertinent de permettre aux père et mère de bénéficier de l’obligation alimentaire instituée par l’article 758 en modifiant et élargissant cette dernière. Il paraît nécessaire de revoir l’article 758 du Code civil en y incluant les père et mère 927 et en supprimant la condition d’attribution de la totalité de la succession ou des trois-quarts au conjoint survivant. Néanmoins, cette créance d’aliment ne pourrait pas être réclamée par l’ascendant s’il bénéficie de droits ab intestat dans la succession. La demande de créance d’aliment serait subordonnée à son exclusion de la succession. L’aide alimentaire pourrait être réclamée à n’importe quel donataire ou légataire, le conjoint survivant ou un tiers.

924 En effet, selon l’article 206, la bru ou le gendre ne doivent plus d’aliments à leurs beaux-parents lorsque l’enfant qui produisait l’affinité est décédé.
926 Cf. infra n° 66.
Certains pourraient arguer que ces dispositions sont inutiles puisqu’aujourd’hui, la subsistance aux aînés tend à être, de plus en plus, assurée par l’État. La multiplication des allocations aux personnes âgées permet à toutes les personnes âgées de vieillir dans la dignité sans pour autant devenir une charge trop lourde à porter pour leurs enfants. Ainsi, afin d’éviter que les personnes âgées ayant perdu un enfant soient dans une situation plus favorable que les autres, il serait préférable de laisser l’État subvenir à leurs besoins lorsqu’ils ne peuvent y faire face tout en lui permettant de récupérer ce qui a été donné sur la succession\(^{928}\). Toutefois, la situation économique ne permet pas de penser que l’État pourra encore longtemps subvenir aux besoins des personnes âgées. Le lieu naturel de la solidarité doit rester avant tout la famille grâce à la réserve.

312. Conclusion de section – La réserve héréditaire s’est resserrée autour du couple parental et de ses enfants. Ainsi, le conjoint survivant bénéficie désormais d’une réserve traduisant le maintien des devoirs du mariage au-delà de la mort. Toutefois, on peut regretter que sa réserve ne soit que successive et que le conjoint en soit privé en présence de descendant. Il est raisonnable de considérer que tous les conjoints devraient bénéficier d’une réserve correspondant à une part d’enfant.

En revanche, les ascendants sont désormais exclus du bénéfice de la réserve. On peut le regretter car il est anormal que la réserve ne soit plus réciproque. Toutefois, un concours de réserve avec le conjoint ne serait pas souhaitable. Pour cette raison, il apparaît nécessaire de prévoir un droit à aliments pour les parents en présence du conjoint survivant et une réserve en l’absence de conjoint survivant.

313. Conclusion de chapitre – La réserve héréditaire s’est recentrée autour de la famille nucléaire composée du couple et de ses enfants et s’est

\(^{928}\) C’est aujourd’hui le cas de l’allocation de solidarité aux personnes âgées (ASPA) qui est récupérable lorsque l’actif net de la succession dépasse 39 000 euros. En revanche, l’APA n’est pas récupérable sur la succession.
adaptée aux nouveaux modèles familiaux contemporains\textsuperscript{929}. Aujourd’hui, tous les enfants, à l’exception de l’enfant incestueux qui est toujours victime d’un empêchement à succéder, bénéficient d’une réserve héréditaire pleine. En effet, la loi du 3 janvier 1972 a supprimé les différences entre enfants légitimes et naturels. Elle n’a laissé subsister qu’une discrimination en défaveur de l’enfant adultérin en concours avec le conjoint bafoué ou les enfants légitimes issus du mariage transgressé. La loi du 3 décembre 2001 a mis fin à cette discrimination après la condamnation de la France par la CEDH et a permis aux enfants naturels de demander le retraitement des avantages matrimoniaux envers le second époux.


Conclusion de titre

314. La réserve a, de tout temps, joué un rôle social. Cette fonction s’articule autour de deux pôles. Tout d’abord, la réserve permet de structurer la famille en protégeant un modèle familial donné. Cette fonction de protection de la famille s’illustre tout particulièrement dans les sociétés privilégiant un modèle holiste. Ainsi, en droit romain, la réserve avait pour fonction de protéger la *gens* puis la *familia*. En revanche, cette protection n’existait que de manière virtuelle grâce à la religion et à la morale puisque la liberté de tester était absolue,. Cette fonction était également présente dans le Code civil de 1804. Celui-ci privilégiait un modèle familial unique : celui d’un couple marié en premières noces et de leurs enfants légitimes. Ainsi, la liberté de disposer était fortement restreinte en faveur des enfants illégitimes et des conjoints subséquents.

Cette fonction de conservation d’un modèle familial unique a pourtant dû évoluer dans le droit contemporain pour s’adapter aux nouveaux modèles familiaux. Désormais, la famille est plus individualiste et s’est recentrée sur le couple et les enfants. En témoigne la modification des bénéficiaires de la réserve qui sont désormais les descendants et le conjoint en l’absence de descendants. Les ascendants ne bénéficient plus d’une réserve.
Titre II – La réserve, un moyen d’assurer la subsistance des
proches du défunt

315. Plan - La fonction de subsistance, ou devoir de piété, a de tout temps
été au cœur de la réserve. Cette fonction a justifié la création de la légitime de
droit romain. Ensuite, la fonction de subsistance a continué à innérer le
droit coutumier, sous d’autres formes, jusqu’à la redécouverte de la légitime
au XVIe siècle. Cette fonction est également au cœur de la réserve du Code
civil puisqu’elle en constitue l’un des fondements (Chapitre I).

Dans le droit contemporain, on redécouvre la fonction de subsistance de la réserve.
En effet, les récentes modifications opérées à la réserve laissent à penser que la
réserve tend à se rapprocher de la légitime de droit romain en devenant une créance
en valeur dans la succession. En outre, on constate l’apparition de droits concurrents
à la réserve permettant de donner une subsistance à certains héritiers (Chapitre II).
Chapitre I – La fonction alimentaire, fonction historique de la réserve

316. Plan - L’apparition de la réserve à Rome s’inscrit dans l’évolution de la société romaine et l’augmentation des exhérédations injustes. Son fondement est la pietas, soit l’obligation morale de subvenir aux besoins de ses proches même après son décès. Ainsi, l’obligation alimentaire ne s’arrête pas au décès mais continue après celui-ci et fonde l’existence de la légitime romaine (Section I).

Cette fonction de subsistance innervé également le droit coutumier et le Code civil de manière sous-jacente (Section II).

Section I - L’apparition d’un ordre public successoral écrit fondé sur la subsistance à l’époque classique de Rome

317. Plan - A l’époque classique de Rome, la société se transforme et devient individualiste. La morale et la religion ne sont plus assez fortes pour contenir les abus et les limitations à la liberté de disposer apparaissent. A l’époque classique et au Bas-Empire, on trouve deux sortes de limitations à la liberté testamentaire. Les plus anciennes tiennent aux conditions de fond du testament (§ I). Toutefois, ces limitations tenant aux conditions de fond du testament ne restreignent pas la quotité dont le de cujus peut disposer mais uniquement la manière de disposer de ses biens. Si à l’origine, couplées à la morale, elles sont assez fortes pour dissuader le de cujus d’exhérer ses proches, elles s’avèrent rapidement insuffisantes. Le tribunal des centumvirs crée alors la première limite à la faculté de disposer de sa succession par testament au moyen de la querela inofficiosi testamenti. Cette limite s’est ensuite étendue aux donations et aux dots (§ II).
§ 1 – Du durcissement des conditions de l’exhérédation à la limitation de la capacité de disposer

318. **Le délitement des mœurs** - Pendant la République, à partir de 150 avant J.-C.\(^930\), la société romaine connaît certaines transformations. La paix sociale à Rome est fondée sur une classe de petits propriétaires terriens et sur une main d’œuvre servile. Les conquêtes font vaciller ce fragile équilibre en faisant affluer de grandes richesses à Rome, laquelle devient une place financière avec une intense activité commerciale internationale. L’attachement à la terre et la solidarité familiale laissent place au luxe, à la spéculation financière et à l’individualisme. Mais ces richesses sont mal réparties, une minorité s’enrichit tandis que la majorité n’a pas d’emploi en raison de l’augmentation vertigineuse du nombre d’esclaves provenant des provinces conquises\(^931\). La classe moyenne disparaît et les petits paysans sont ruinés par l’importation de produits agricoles provenant des provinces conquises. Enfin, toute la cité est corrompue car l’argent de l’État est détourné. Ces difficultés entraînent plusieurs révoltes qui dégénèrent en guerres civiles\(^932\).

Ces guerres entraînent la disparition de la République et l’avènement des dictateurs qui se succèdent dans le sang. En 27 avant J.-C., Octave, vainqueur d’Antoine, parvient à rétablir la paix après un siècle de guerre civile. Les deux siècles qui suivent constituent une période d’essor économique et de paix sociale.

319. **L’essor de l’individualisme** - Au I\textsuperscript{er} siècle avant Jésus-Christ, la *familia* s’émiette et l’individualisme triomphe. La puissance paternelle conserve sa structure juridique mais perd sa force morale. Il n’y a plus de copropriété


\(^{931}\) Il y a un esclave pour 2,5 citoyens en ville et un pour 1,5 citoyens à la campagne au II\textsuperscript{er} siècle.

familiale et la notion de patrimoine devient individuelle. Dès la fin de la République, le fils peut engager le père de famille par ses actes et possède une plus grande liberté sur son pécule. Au Haut-Empire, il est même admis que le fils soit responsable de ses engagements et que les acquisitions réalisées en tant que soldat lui restent propres\(^{933}\).

La *patria potestas* se transforme et perd son caractère absolu. Le *pater familias* bénéficie toujours de droits mais il a aussi des obligations envers ses descendants. Ainsi, il doit par exemple, doter sa fille, entretenir les membres de sa famille, *etc*… Il est même permis à l’enfant de se plaindre de son *pater* devant un magistrat\(^{934}\).

Le culte des *sacra* tombe dans l’oubli. La profession de capteur d’héritage se développe ainsi que les exhérédations injustes.

320. **Un testament devenu privé** - A cette époque, les comices curiata ne se réunissent plus. Le testament *per as et libram* est assoupli et s’appelle désormais *tabulis et libra*\(^{935}\) : le testateur écrit ses dernières volontés sur une tablette enduite de cire, destinée à demeurer entre ses mains, scellée jusqu’à son décès. Le testament est confirmé pendant une cérémonie comprenant deux parties : la *mancipatio familiae* et la *nuncupatio*. La *mancipatio* n’est plus qu’un rite et le *familia emtor* un simple témoin qui n’acquiert plus les biens et

---


\(^{934}\) Ducos M., *ibidem*, p. 53.

\(^{935}\) Toutefois, la validité de ce testament n’est pas reconnue en droit civil. Le prêtre ne donne à l’héritier institué ni le titre ni les droits de l’*heres* mais ne lui attribue que la qualité de *bonorum possessor* et uniquement la *bonorum possesio secundum tabulas*. Ainsi, lorsqu’un citoyen décède sans avoir testé, le prêtre désigne lui-même sa succession suivant un certain ordre de préférence. Le successeur ainsi désigné n’est alors pas héritier selon le droit civil et n’a pas droit au titre d’*heres*. Il n’a donc pas le *dominium* des choses corporelles et n’est pas investi des créances et dettes du défunt. Il a seulement la possession des biens, *bonorum possesio*. Le successeur n’a alors que l’*in bonis habere* sur les biens corporels. En contrepartie, il bénéficie de l’interdit possessori ainsi qu’une action in rem, calquée sur la pétition d’héritédié du droit civil. C’est par un rescrit de l’empereur Antonin le Pieux (138-161) que la pétition d’héritédié est écartée en lui opposant une exception de dol et en permettant la *bonorum cum re* produisant son plein effet. Cf. *May C.*, *Eléments de droit romain à l’usage des étudiants des facultés de droit*, 7e édition, Librairie de la société du recueil général des lois et des arrêts, 1901, p. 471 et suiv., p. 485, § 236.
n’est plus l’exécuteur des dernières volontés\textsuperscript{936}. Lors de cette cérémonie, le
 testateur, tenant en main ses tablettes, affirme, que cet écrit contient ses
dispositions de dernières volontés et en même temps, il fait appel aux cinq
 témoins, au \textit{familiae entor} et au \textit{libripens} en les invitant à témoigner, en cas de
besoin\textsuperscript{937}, de l’accomplissement de ces formalités\textsuperscript{938}.

Le testament \textit{per æs et libram} peut également être fait à l’oral lorsque le testateur n’a
pas le temps de rédiger ses tablettes. La cérémonie est identique mais avant la
\textit{nuncupatio}, le testateur déclare oralement ses dernières volontés en présence des sept
témoins\textsuperscript{939}.

Ces testaments sont révocables puisqu’il suffit de recommencer les mêmes
formalités. Le testament n’a plus le même sens : il est devenu une manifestation
d’individualisme permettant de transmettre le patrimoine à l’héritier choisi et les
exhérédations injustes se multiplient.

\textbf{321. L’obligation d’exhéréder ses \textit{sui}, préalable à l’institution d’héritier –}
Afin que le testateur prenne en compte la portée de son exhérédation, il est
nécessaire d’exhéréder ses \textit{sui}, de manière formelle, avant d’instituer son
héritier dans le corps du testament, comme cela était le cas devant les
comices curiates aux premiers temps de Rome. L’exhérédation doit répondre
des conditions précises pour être valable. Tout d’abord, elle doit être
contenue dans un testament et être exprimée en termes sacramentels. Le père
doit employer pour tous les héritiers siens la formule : \textit{« exheres esto, exheredes}
\textit{sunto. »} En outre, les fils ne peuvent être exhérédés que nominativement :
\textit{« Titius filius meus exheres esto »} ; tandis que les filles et les petits-enfants

\textsuperscript{936} \textit{May} \textit{C.}, \textit{ibidem}, § 230.
\textsuperscript{937} Le mot testament serait issu de cet appel au témoignage : \textit{testari}. Il donna son nom à
l’acte qu’on appella \textit{testamentum}.
\textsuperscript{938} D’après \textit{Gaius} ( G.II,104 ) les termes de cette \textit{nuncupatio} étaient les suivants : \textit{« Hæc ita, ut \textit{in his tabulis cerisque scripta sunt}, ita \textit{do ita lego. ita testor; itaque vos, quirites testimonium mihi perhibetote. »} Cf. \textit{May} \textit{C.}, \textit{op. cit.}, p. 471.
\textsuperscript{939} On appelle ce testament, testament oral ou nuncupatif.
peuvent être exhérédés en bloc : « Ceteri omnes exheredes sunt. » 940. Ensuite, l’exhérédation doit porter sur toute l’hérédité puisqu’on ne peut instituer un héritier testamentaire en concours avec un héritier ab intestat. A ces conditions, l’exhérédation privée le descendant de sa qualité d’héritier et permet au pater familias de disposer soit au profit d’un étranger, soit d’un autre suus, des biens dont l’exhérédé est exclu.

En revanche, si un fils a été omis ou irrégulièrement exhérédé, le testament est nul comme s’il avait été fait dans des formes irrégulières ou par un testateur incapable ou au profit d’un héritier incapable. Lorsqu’une fille ou un descendant d’un degré inférieur a été omis ou irrégulièrement exhérédé, le testament est maintenu mais est rectifié. L’héritier omis va, comme s’il avait été oublié, prendre une fraction de la succession au détriment des institués, en concours avec eux. Il accroît leur nombre en prenant la moitié de sa part en face d’étrangers et une part virile en présence de sui.

Au Bas-Empire, Justinien simplifie ce système en exigeant l’institution ou l’exhérédation nominative de chaque descendant, quel que soit son sexe. En cas d’omission d’un enfant, le testament est nul 941. La succession ab intestat s’ouvre alors et l’enfant omis y prend place.

Ces restrictions ne dissuadent pas le testateur d’instituer un tiers. Si les conditions de forme du testament sont respectées, le testateur peut rédiger son testament dans le sens dans lequel il l’entend.

322. Les lois limitant les legs particuliers – A Rome, il est d’usage de faire de nombreux legs dans son testament afin de gagner considération et puissance 942. Cette pratique est restreinte par plusieurs lois successives.

La première loi limitant la capacité de tester à titre particulier est la Lex Furia 943 qui interdit de léguer plus de mille as par bénéficiaire sauf à des parents consanguins

940 GAIUS, 2, 127.128 in GIRARD, op. cit., p. 906 note 3.
941 LÉPOINTE G., op. cit., p. 75 et suiv., § 141 et suiv.
jusqu’au 6ème degré. Toutefois, elle n’empêche pas de procéder à de multiples legs inférieurs à mille as. Cette loi tombe rapidement en désuétude.

Ensuite, la *Lex Voconia* 944 interdit aux citoyens appartenant à la première classe du *census* d’attribuer à un légataire plus que ce qui reste à l’héritier. Son but était de limiter les legs faits en faveur des femmes afin de combattre le luxe 945.

Enfin, la *Quarte Faldicie* interdit à un testateur de léguer à titre particulier plus des trois quarts de sa succession. En effet, de nombreux testateurs mouraient *intestat* car les héritiers institués préféraient renoncer à la succession lorsque les legs étaient trop importants et ne leur laissaient qu’un bénéfice peu intéressant. Or mourir *intestat* est un déshonneur à Rome.

Ces conditions du testament ne sont pas suffisamment dissuasives pour restreindre la capacité de disposer du testateur. En effet, elles n’empêchent aucunement le testateur d’instituer un tiers et, par ce fait, de déshériter ses héritiers.

C’est pourquoi les premières restrictions légales au droit de disposer apparaissent à l’époque classique.

§ II – Les restrictions légales au droit de disposer

323. **Plan** - La *querela inofficiosi testamenti* à l’époque classique (A) puis l’action en complément de part et la *querela inofficiosi dotis* au Bas-Empire (B) sont venues restreindre la liberté testamentaire en droit romain.

A – La *querela inofficiosi testamenti*

---

943 La *lex Furia* date du début du IIe siècle.
944 169 avant J.-C.
324. **Fondement** - Sous la République, l’opinion publique considère qu’il y a un véritable devoir d’instituer les descendants qui n’ont pas démérité et d’exhérer les enfants prodigues ou indignes. Toutefois, à l’époque classique, la morale n’est plus suffisamment dissuasive et les abus se multiplient. Une institution jurisprudentielle intervient alors pour empêcher le *pater familias* d’exhérer certains proches parents sans cause et pour l’obliger à leur laisser une part suffisante de sa succession. C’est la *querela inofficiosi testamenti*.

Le fondement originel retenu par le tribunal des *centumvirs* est la folie. On considère que le testateur qui déshérite sans motif un proche parent a agi sous le coup de la folie et que le testament est nul. Ce fondement fictif a pour but de justifier la rescision d’un testament valable. Ainsi, on ne cherche pas à prouver la folie véritable du testateur mais on présume la folie liée à l’exhérédation sans cause de l’héritier *ab intestat*. Ce fondement permet de sauvegarder l’apparence de liberté testamentaire tout en protégeant les héritiers.

Mais ce fondement est rapidement abandonné car la réclamation de l’héritier porte atteinte à la mémoire du défunt en proclamant publiquement sa folie. Ainsi, il est, par la suite, remplacé par le manquement du testateur aux devoirs essentiels imposés par la morale familiale. On considère que le testateur qui ne laisse pas une part de sa succession à ses proches parents manque à ses devoirs de famille puisque l’existence d’un devoir d’affection entre proches parents engendre un devoir de piété. Les textes romains évoquent « *le respect dû à la nature* », « *la raison naturelle* » ou

---

947 La coutume instituait le tribunal des centumvirs du droit de réviser le testament.
948 On le traduit par « *plainte contre le testament qui a manqué au devoir de piété envers la famille* » *Cf. LEPONTE G.*, *op. cit.*, p. 78, § 147.
949 Cette explication dégagée par les juristes de l’époque n’est pas exacte puisque le testament fait par une personne atteinte de folie est nul tandis que le testament inoffieux est seulement susceptible d’être rescindé (*2 Dig., De inoff. testam.*, *V, 2, Marcian.*) *in MAY G.*, *op. cit.*, p. 499 note 3.
950 CICÉRON définit la piété comme : « *la modération qui s’exerce à l’égard des autres s’appelle la justice ; cette justice vis-à-vis des dieux, c’est la religion ; vis-à-vis des parents, la piété...* » *Partitiones oratoriae*, 79.
encore « l’amour naturel » en traitant de la légitime et de l’obligation alimentaire\textsuperscript{951} et ce devoir d’assistance est un droit naturel commandé par la nature. La piété ne concerne pas seulement la rescision des exhérédations injustes. Plus largement, c’est un devoir de piété filiale à l’égard de ses parents imposant le respect qui leur est dû mais également un devoir dû par les parents à l’égard de leurs enfants et leur imposant de doter leurs filles, de fournir des aliments à leurs enfants et de leur donner une subsistance conforme à leur rang dans leur succession. La subsistance est par conséquent le fondement véritable de la\textit{ querele inofficiosi testamenti}.

325. \textbf{Bénéficiaires} - Tous les descendants sans exception\textsuperscript{952} et les ascendants\textsuperscript{953} ont accès de plein droit à la\textit{ querele} puisque ce sont les seuls qui ont droit à ce devoir de piété\textsuperscript{954}. A l’origine, les frères et sœurs, agnats du défunt\textsuperscript{955} peuvent également invoquer la\textit{ querele}.

Le\textit{ querele} doit être le plus proche héritier\textit{ ab intestat} appelé à la succession. La\textit{ querele} n’est pas collective. Le plaignant doit diriger sa plainte vers l’héritier testamentaire en alléguant qu’il a été privé de manière infondée de sa part. Le tribunal des centumvirs apprécie alors au cas par cas. Ainsi, si l’exhérédé a failli à son devoir de piété envers le défunt ou si son comportement a été contraire aux bonnes mœurs, l’exhérédation peut être confirmée\textsuperscript{956}.

\begin{flushright}
952 Qu’ils soient ou non \textit{sui}, et qu’ils soient descendants \textit{per masculos} ou \textit{per feminas}.
953 La réciprocité des devoirs d’affection entraîne cette réciprocité des devoirs de piété. Les descendants manquent d’\textit{officium pietatis} lorsqu’ils n’instituent pas leur ascendant dans leur testament.
954 La coutume tient compte pour la première fois des affections présumées du défunt. Cette idée inspirera plus tard les réformes de Justinien. Ce devoir de piété est dit \textit{officium pietatis}.
955 Ce sont les germains et les consanguins.
\end{flushright}
326. **Conditions** - La procédure de la *querela inofficiosi testamenti* n'est établie qu’au cours du IIe siècle après J.-C. Les conditions d’exercice de la *querela* sont au nombre de quatre.

La première condition est que le successible doit avoir été dépouillé par le testateur, ce qui est le cas s’il est exhérédé, omis ou gratifié d’une part insuffisante. Les *centumvirs* fixent cette portion au quart de ce qu’aurait dû recevoir l’héritier *ab intestat*, nommée la « quarte légîtîme»

Cette quarte s’évalue selon la valeur des biens et le nombre d’héritiers *ab intestat* au jour du décès. L’évaluation au jour du décès a l’inconvénient de laisser le testateur dans l’incertitude. Si la valeur des biens a varié ou si le nombre d’héritiers s’est modifié depuis la rédaction du testament, ce dernier doit être rescindé alors que le testateur n’a pas eu l’intention de manquer à son devoir de piété.

L’héritier ne doit pas avoir été rempli de sa quarte par une disposition *mortis causa* quelconque telle qu’un legs ou une donation à cause de mort. Si un enfant qui a reçu un legs de son père attaque son testament comme inofficieux, il ne peut plus recevoir son legs. En effet, le jugement et la volonté du père sont attaqués.

En revanche, si le *querelans* échoue dans la *querela*, il perd le bénéfice de toutes les dispositions faites à son profit par le testateur.

Selon la deuxième condition, le *querelans* ne doit pas avoir démérité. Il doit avoir de son côté observé les devoirs compris dans l’*officium pietatis*. Les justes motifs d’exhérédation sont laissés à l’appréciation des *centumvirs* à l’époque classique. Ce motif doit figurer dans le testament pour permettre au légitimaire de le contester.

La troisième condition tient au fondement primitif de la *querela*. La *querela inofficiosi testamenti* met en doute la santé mentale du testateur et fait injure à sa mémoire. Par conséquent la *querela* ne doit être admise que de façon subsidiaire et uniquement s’il n’existe pas d’autre moyen d’annuler le testament. L’action s’éteint par la renonciation de l’intéressé et ce très facilement : elle peut être tacite, implicite,

---

957 *Quarta legîtimae partis.*

958 Ce qui est le cas s’il est indigne ou s’il y a contre lui une cause d’exclusion de la succession. Voir *supra* note 965.

326
présumée ou par abstention prolongée durant deux ans\textsuperscript{959}. Elle est donc refusée à l’héritier qui peut invoquer le droit civil ou prétorien sur l’exhérédation ou l’omission\textsuperscript{960}.

Enfin, selon la quatrième condition, la \textit{querela} doit être intentée dans un délai de deux ans à compter du décès. Le délai de prescription est donc bref.

327. \textbf{Effets de la \textit{querela}} - A l’époque classique, si la \textit{querela} est admise, la totalité du testament est annulée pour être l’œuvre d’un fou et la succession \textit{ab intestat} s’ouvre au profit du \textit{querelans}.

328. \textbf{Nature de la \textit{querela}} – Les romanistes ne se sont jamais penchés sur la nature de la \textit{querela} en se demandant si elle était une part des biens du testateur ou une part de son héritérité. Cette question fut seulement soulevée au Moyen-âge sans recevoir de réponse claire. Selon certains auteurs, la légitime était une portion des biens qu’il était possible de réclamer sans être héritier. Ils s’appuyaient pour cela sur le fait que pour calculer la \textit{querela}, on déduisait les dettes et frais funéraires de telle sorte que si les biens de la succession ne suffisaient pas à payer ces dettes et frais, la légitime disparaissait\textsuperscript{961}. Il s’agissait par conséquent d’une \textit{quarta bonorum}. En effet, si elle avait été \textit{pars hereditatis}, la légitime aurait été une quote-part de l’hérédité active et passive\textsuperscript{962}.

En revanche, d’autres auteurs étaient d’avis que lorsque la légitime était laissée à titre de legs, elle était \textit{pars bonorum} alors que lorsqu’elle était laissée à titre

\textsuperscript{959} OURLIAC P. et MALAFOSSE J., \textit{op. cit.}, p. 329.

\textsuperscript{960} MAY G., \textit{op. cit.}, p. 501, § 244.


d’institution d’héritier, elle devait être *pars hereditatis* puisque l’héritier recevait le titre et la qualité d’héritier

Au Bas-Empire, Justinien modifie le régime de la *querela*.

B – Les innovations au Bas-Empire

329. Les modifications apportées à la *querela* - Au Bas-Empire, les nouvelles 18 et 115 de Justinien modifient le régime de la *querela inofficiosi testamenti*

Tout d’abord, il révise le chiffre de la légitime : elle est d’un tiers de la succession s’il y a quatre enfants ou moins et de la moitié de la succession s’il y a plus de quatre enfants. Ensuite, les justes motifs d’exhération sont limitativement fixés. Ce

965 Novelle 115 : « *Si autem hæc omnia non fuerint observata, nullum vim hujusmodi testamentum quantum ad institutionem habere sancinus.* » Les quatorze cas d’exhération sont les suivants :

- si les enfants ont battu leur père,
- si les pères ont reçu de leurs enfants quelque injure atroce,
- si les pères ont été accusés par leurs enfants de quelque crime qui ne soit pas contre la personne du Prince, ou contre l’État,
- si les enfants ont eu société avec des gens qui commettent des maléfices pour en commettre avec eux,
- si les enfants ont attenté à la vie de leur père, par poison ou autrement,
- si les enfants ont eu commerce de débauche avec la femme ou la concubine de leur père,
- si les enfants ont dénoncé leur père dans quelque affaire qui leur ait causé un préjudice notable,
- si les enfants ont laissé emprisonner leur père pour ne vouloir cautionner pour lui,
- si les enfants ont voulu empêcher leur père de tester par des voies de fait,
- si les enfants se sont faits gladiateurs ou comédiens sans leur consentement de leur père, si ce n’est que le père lui-même ne fût de cette profession,
- si une fille, avant la vingt-cinquième année mène une vie scandaleuse ou se marie sans le consentement de son père,
- si le père est tombé en démence ou en fureur et les enfants ont négligé d’en prendre soin,
- si les enfants négligent de racheter leur père en captivité,
- si le père étant catholique, les enfants se font hérétiques.

motif doit figurer dans le testament pour permettre au légitimaire de le contester. Le délai d’action de la querela est porté à cinq ans. Enfin, les frères et sœurs ne bénéficient de la querela que si le de cujus leur a préféré une turpis persona.

Les effets de la querela sont également modifiés puisque désormais seule l’institution d’héritier est annulée tandis que les autres dispositions testamentaires sont conservées. L’héritier omis prend la place de l’institué et doit exécuter les dispositions testamentaires. Il est également prévu que la légitime doit être laissée à titre d’institution et non plus à titre de legs ou de fidéicommis. Les légitimaire ne la touchent plus comme simples créanciers mais tiennent la légitime à titre d’héritiers et la prennent collectivement et en nature et non plus individuellement. La légitime glisse par conséquent vers une conception pars hereditatis.

330. L’action en complément de la quarte - Au Bas-Empire, Justinien donne au successible une action en complément de la quarte. À la place de la querela, le légitimaire insuffisamment gratifié dans le testament peut intenter une action en complément contre l’héritier, le testament subsistant pour le reste. Cette action n’a pas de caractère injurieux, par conséquent, elle ne se heurte pas aux fins de non recevoir de la querela. L’action en complément de la quarte est pars bonorum car le légitimaire peut retenir la libéralité reçue à titre d’exception et réclamer le supplément.

En revanche, la querela est conservée pour les héritiers totalement omis.

Cette nouvelle action entraîne une conséquence problématique : il devient bien plus avantageux pour le successible d’intenter la querela plutôt que l’action en complément de quarte puisque la querela lui permet d’être substitué à l’héritier institué et pas de recevoir seulement sa quarte légitime. Par conséquent, sous

Novelle 115, Livre 2, Tit.18, § 6. : « Non licere penitius patri, vel matri liberos praevire, aut exheredes in suo facere testamento, nec si per qualimbet donationem, vel legatum, vel fideicommissum, vel allium quaecumque titulum, eis dederit legibus debitam portionem. »

Justinien souhaite simplement que le de cujus honore son légitimaire en lui donnant le titre d’héritier même pour une part symbolique : NICOLESCHI O.-N., Querela inofficiosi testamenti et de la légitime, thèse Paris 1888, p. 267, n° 120.

C.J. 3, 28, 30 ; 528.
Justinien, l’option entre la *querela* et l’action en complément est supprimée\(^{969}\). Si un testament contient une disposition, même modique, en faveur d’un légitimaire, l’action en complément de part contre l’héritier institué se substitue à la *querela*. Le *de cujus* n’est plus accusé de ne pas avoir respecté son devoir de piété mais d’une simple erreur de calcul\(^{970}\). Le système de la *querela* est maintenu seulement dans les cas d’omission ou d’exhérédation totale d’un légitimaire.

331. **La création de la *querela inofficiosae donationis et dotis** - La *querela inofficiosi testamenti* n’empêche pas le *de cujus* de diminuer son patrimoine avant son décès en procédant à des donations ou des constitutions de dot. Au III\(^{\text{e}}\) siècle après J.-C. interviennent les premières limitations\(^{971}\). Au siècle suivant, on admet la réunion fictive de toutes les libéralités entre vifs dans la masse de calcul de la légitime. En 358, Constance II introduit la *querela inofficiosae dotis*\(^{972}\). Celle-ci prévoit que la masse sur laquelle sera calculée la part du légitimaire sera l’actif à l’ouverture de la succession auquel on ajoute le rapport fictif des libéralités faites par le *de cujus*. Les conditions sont identiques à celles de la *querela inofficiosi testamenti*. En revanche, les effets sont différents. Les donations et constitutions de dot ne peuvent être attaquées que si la réduction des legs ne suffit pas à remplir les légitimaires de leurs droits. Ainsi, les donations sont réduites de la plus récente à la plus ancienne afin de compléter la part du légitimaire mais uniquement si la réduction des dispositions testamentaires ne permet pas de remplir le légitimaire de ses droits.

332. **Conclusion de section** – A partir de 150 avant J.-C., les mœurs se délitent à Rome. La morale ne permet plus de protéger les descendants et les exhérédations se multiplient. Toutefois, la liberté de tester est tellement

---

\(^{969}\) *MAY G.*, *op. cit*, p. 500, § 244.

\(^{970}\) *OUURLAC P.* et *MALAFOSSE J.*, *op. cit.*, p. 331.

\(^{971}\) *D.*, 31, 87, 3.

\(^{972}\) *C.J.*, 3, 30, 1.
ancrée dans les esprits qu’il apparaît difficile de la limiter. Pourtant, la morale, l’obligation d’exhérer ses *sui* avant d’instituer son héritier et les lois limitant la possibilité de léguer à titre particulier sont très rapidement inefficaces pour éviter ces exhérédations injustes. C’est la raison pour laquelle, le tribunal des centumvirs crée la *querela inofficiis testamenti*. Cette *querela* est, à l’origine, fondée sur la folie du testateur puisqu’il apparaît impossible de limiter sciemment la liberté de tester. Au fil du temps, le *devoir de piété, en imposant que le défunt laisse une subsistance à son héritier, après son décès*, devient le fondement véritable de celle-ci et le régime de la *querela* est systématisé. Justinien étend, en outre, la *querela* aux dotes et aux donations.

**En droit coutumier et dans le Code civil, ce principe innerve également, de manière sous-jacente, le droit des successions.**

Section II – La subsistance, principe sous-jacent de l’ordre public successoral en droit coutumier comme au sein du Code civil

333. **Plan** - La conservation des biens dans la famille dans le droit coutumier, puis la volonté de disperser les biens au nom de l’égalité dans le Code civil, n’éclipsent pas tout à fait la fonction alimentaire de la réserve que ce soit dans le droit coutumier (§ I) ou dans le Code civil (§ II).

§ I - La subsistance, principe sous-jacent de l’ordre public successoral du droit coutumier
334. **Plan** - Malgré l’importance de la conservation des biens dans la famille, le droit coutumier n’oublie pas de pourvoir à la subsistance des membres de la famille. Cette subsistance prend la forme d’une soutenance pour les puinés (A) et d’un douaire pour les veuves (C) dès la période féodale. La légitime de droit romain fait également son apparition au XVIᵉ siècle (B) prenant la suite de la soutenance.

A – La soutenance des puinés

335. **La subsistance des puinés et des filles** - Nous avons relaté que le droit d’aïnesse pouvait prendre plusieurs formes dans le droit coutumier. Au XIIIᵉ siècle, dans certaines coutumes, pour les fiefs ordinaires, il consiste en un partage inégal. L’aïné recueille une part avantagéuse tandis que les puinés reçoivent une part restreinte au titre de leur droit successoral. Dans certaines coutumes, et pour les baronnies et les fiefs titrés, le puiné n’a, pour part successorale, qu’une créance d’aliments intransmissible à ses enfants : une pourvéance ou une soutenance, qu’on traduit en français moderne par subsistance. Dès Saint-Louis, on peut lire dans ses Etablissements : « Ainssez doit faere avenant bien fet au puisnez, et si doit les filles marier. » On retrouve dans le droit coutumier la même idée que dans la pietas romaine : l’obligation de subvenir aux besoins de ses proches en raison du lien de

---

973 *Cf. infra n° 21.*
977 Soustenance en ancien-français.
parenté. Cette soutenance est vue à l’origine comme un droit naturel980 même si, plus tard, on fonde la soutenance sur la morale chrétienne. En outre, le droit canonique, lequel s’est imposé en la matière, fait de l’obligation alimentaire une conséquence directe de la filiation981. Cette obligation alimentaire est vue plus largement que dans notre droit positif. Elle inclut en effet, tout ce qui est nécessaire à l’entretien et l’éducation de l’enfant et le droit à une part légitime de la succession982.

La soutenance n’a pas été théorisée mais se retrouve dans la plupart des coutumes. On la relève en Beauvaisis, en Flandre, en Vermandois, en Bretagne. Sa zone d’influence couvre une grande partie de la France coutumière.

On en trouve des témoignages dans certaines coutumes comme celle du Vermandois. Dans cette coutume, lorsque la succession comprend un fief, attribué au fils ainé, mais aussi des biens roturiers, si les puiens recueillent suffisamment de biens roturiers pour assurer une raisonnable soutenance, ils sont privés du droit de demander la soutenance sur le fief à leur ainé. Dès le milieu du XIIIᵉ siècle, il est admis une soutenance successorale au profit de tous les enfants nobles et roturiers même lorsque la succession ne comporte pas de fiefs mais uniquement des vilenages. Il existe même une action en justice permettant de réclamer sa soutenance983.

Dans la coutume de Clermont-en-Beauvaisis, la soutenance successorale est reconnue et organisée par la Coutume au profit des enfants. Elle les protège contre les donations rompant l’égalité avec excès. Il s’agit d’une institution du droit successoral général.

980 Ancien coutumier inédit de Picardie au commencement du XIVe siècle, éd. Marnier, 1840, p 63 in LAPLANCHE J., op. cit., p. 6 à propos d’une décision d’une cour de justice du pays de Ponthieu : « Item que que il dient que li droit natureux est qui est deubz à mainstés, et se che qui leur est deu est à vie ou à hyretage, selon le coutume de Ponthieu ? Repose que li droit natureux est à mainstés d’avoir vivre sur le terre qui fu leur père ou soutenance pour vivre à conté d’enfant… »

981 X, 4, 7, 5.

982 LEFEVBRE-TEILLARD A., op. cit., n° 200.

Ainsi, la soutenance coutumi ère a le même fondement que l’*officium pietatis* en droit romain : assurer une subsistance à son enfant en le protégeant des libéralités excessives. Toutefois la sanction diffère : dans la coutume de Vermandois, lorsque le testateur laisse la totalité de sa succession à un tiers, le legs est uniquement réduit et le tiers recueille une part d’enfant 984.

La soutenance apparaît comme le préalable à la légitime. Elle explique que la légitime ait été accueillie favorablement dans les coutumes au XVIe siècle. Elle montre également que le droit coutumier se préoccupe des hommes autant que des biens.

A partir du XVIe siècle, la soutenance disparaît des coutumes au profit de la légitime de droit.

---

B – La légitime coutumi ère ou la renaissance du droit romain

336. **Naissance de la légitime** – La légitime fondée sur l’*officium pietatis* apparaît pour la première fois au XIIIe siècle. Aucune coutume ne la relate mais certains auteurs se font l’écho de décisions de tribunaux reposant sur ce fondement 985. Lorsque le juge considère que le testament viole l’*officium pietatis*, il le rescinde au profit des légitimaires en estimant lui-même la portion à laquelle ceux-ci ont droit 986. Cette légitime n’existe alors qu’en

---

986 BEAUMANOIR, *Coutumes de Beauvoisins*, t. premier, par Beugnot, éd. Chez Jules Renouard et Cie, 1842, p. 187 et suiv. : *Neporquant se li remananc de son heritge n’est pas si grans qu’il soufisse à le soustenance de ses enfans, et li mueble et li catel sont grant, et il n’en laisse nul à ses enfans, ancois les laisse toz à estranges persone : noz ne nous accordons as que tez testamens soit terius, ancois doit estre retret du testamens, tant que li hoor puisse resnably vivre et avoir lor soustenance selon lor estat, excepte deus cas : l’un, s’il est sit el testament qu’il face ce lais comme cozes rendues por forfais car en cel cas n’en seroit riens rendu as hiors ; nis se toz ses heritages y couroit, car trop est cru el dete d’avoit de l’autrui à tort, ne nus hors ne dit enriquir du torfet son pere, ne nus ne doit estre mix crus de son otrfet que cil le reconnoit en son testament. Li secons cas en coi nul restors ne doit estre fes as hiors, si est, s’il fet mention el testament que li hoir li aient meffet, parquiil ne lor vaut riens laisser el testament ; car se je vois mon fils, ma fille ou me mere, ou ce le qui doit estre mes hiors, mener si deshonestie vie que ce soit escanilles à li et à son ligneage, je ai bone reson de li oster de mon testament. »
faveur des descendants «povres hoirs» et ascendants «povres parens prochains». L’usage fixe la légitime à la moitié des meubles et conquêts.

Au XVIème siècle, la féodalité n’est qu’un lointain souvenir. Le monde est en pleine mutation économique et sociale et l’économie est en plein essor commercial. La fortune mobilière s’accroît et la bourgeoisie a connu une montée en puissance lors des siècles précédents. La population française croît vite et les familles sont plus nombreuses qu’auparavant. Le courant humaniste et l’individualisme progressent. Les doctrines juridiques se construisent autour des notions de droit naturel et d’équité987 et les juristes se tournent vers le droit romain. La légitime de droit apparaît pour la première fois dans la coutume de Paris rédigée par Dumoulin, à son article 125 et est introduite dans les coutumes au cours du XVIe siècle988.

337. Définition - La coutume de Paris définit la légitime en ces termes :
« La légitime est la moitié de telle part et portion que chacun enfant eust eu en la sucession desdits pere et mere, ayeul ou ayeule, ou autres ascendants, si lesdits pere et mere ou autres ascendants, n’eussent disposé par donation entre vifs, ou dernoere volonté. Sur le tout desduit les debtes et frais funéraux »989.

338. Fondement - La légitime ne vient pas remplacer la réserve coutumière mais la compléter. Leur fondement est différent. La légitime est fondée, comme cela était le cas en droit romain, sur la subsistance, soit l’obligation morale de laisser aux légitimaires une subsistance conforme à leur rang990; tandis que la réserve coutumière est fondée sur la conservation des biens.

987 Pour une étude complète des facteurs d’introduction de la légitime en droit coutumier, voir PEGUERA POCH M., op. cit., notamment p. 103 à 148.
988 Par exemple, la légitime apparaît dans la réformation de la coutume de Paris en 1580.
990 « Mès se li peres a héritage et conquez et li héritages sofist à la sostenance as enfanz, de ses conquez et de ses meubles puet fere plenièrement sa volenté auquel qu’il corra de ses enfanz ou à estranges. Et se li héritages est petit, et li conquez sont grant, et si que li héritage ne sofisent pas à la sostenance as enfanz, de son conquest ne puet deviser fors ce qui sormonte la sostenance as enfanz : car qui doit estré sostenuz de la sotenance au pere, que li enfant qui sont de son propre sanc, et qui il doit norrir selon nature, et porceoir selon les loi ? »PIERRE DES FONTAINES, C. 34, n° 10 in BROCHER C., op. cit., p. 242.
propres dans la famille. Son objet est de veiller à un certain équilibre entre droits individuels équivalents et protection des enfants pris individuellement. La légitime doit permettre de vivre selon son rang ce qui dépasse la simple créance d’aliments 991.

339. Nature - En droit romain, la légitime était une part des biens du de cujus, pars bonorum. Dans les pays de droit écrit, les enfants ne sont pas saisis de la légitime mais doivent en demander la délivrance à l’héritier institué. En est-il de même en droit coutumier alors que la réserve coutumière est pars hereditatis ? Cette question a un intérêt certain. En effet, si la légitime est pars bonorum, l’enfant n’a pas à se porter héritier pour prendre sa part sur les biens laissés par le défunt. En revanche, si elle est pars hereditatis, il faut se porter héritier et supporter une part des dettes. En outre, si la légitime coutumière est pars bonorum, l’enfant la reçoit comme une créance et il ne peut pas être poursuivi par les créanciers du défunt 992. Les auteurs tranchèrent pour la légitime coutumière pars hereditatis. Tout d’abord, l’expression quarta legimitae partis prouve qu’il s’agit d’une part de l’hérité. En outre, il est nécessaire, pour demander sa légitime, d’être apte à le faire soit de ne pas avoir renoncé à la succession. L’introduction de la légitime romaine, non pas pars bonorum mais pars hereditatis en droit coutumier s’explique par le fait que la logique de la réserve coutumière imprègne toute la mentalité successorale. C’est la raison pour laquelle la légitime de droit coutumier est introduite pars hereditatis 993, comme la réserve coutumière.

991 PEGUERA POCH M., op. cit., p. 228 et suiv.
992 La solution romaine était compréhensible puisqu’avant Justinien, le de cujus pouvait instituer aussi bien un étranger que son enfant alors que dans le droit coutumier, « institution d’héritier n’a lieu » : VASSEL P., op. cit., p. 59 et suiv.
993 La différence de nature est d’importance puisque si la légitime avait été pars hereditatis, le légitimaires aurait été saisi de la légitime comme l’est l’héritier réservataire sans avoir à demander l’envoi en possession. En revanche, si la légitime avait été pars bonorum, le légitimaires devait en demander la délivrance à l’héritier. L’héritier tenu pars hereditatis continuait la personne du défunt, et il était en principe tenu des dettes ultra vires successionis, Cf. PEGUERA POCH M., op. cit., p. 217 et suiv.
340. **Régime** – Cette nature *pars hereditatis* de la légitime entraîne plusieurs conséquences. Tout d’abord, le légitimaire est saisi de plein droit de la légitime dès le décès de son ascendant. Ainsi, les libéralités excédant la légitime sont rescindées dès le décès et les intérêts des sommes d’argent et les fruits dus dès cette époque.

Ensuite le légitimaire peut demander sa légitime en biens héréditaires et même entre les mains de tiers détenteurs. Il s’agit d’un droit réel.

Il est nécessaire pour bénéficier de la légitime de se porter héritier. Mais le fait de se porter héritier oblige à être tenu des dettes\(^\text{994}\). La doctrine est donc partagée entre la nécessité de faire de la légitime une part d’hérité comme la réserve, et en même temps une subsistance aux enfants, conformément à son fondement. L’argument juridique permettant de préserver cet équilibre consiste à faire participer la légitime du même privilège que les donations, qui ne font plus partie de la succession et de ce fait ne sont pas soumises aux dettes. Elles ne sont réunies à la masse successorale que de manière fictive, en vue de déterminer et, le cas échéant, de fournir la légitime\(^\text{995}\). Ainsi, si les biens de la succession suffisent à procurer la légitime, cette dernière est régie par les règles du droit successoral ; mais si la succession n’a pas de quoi fournir la légitime, tout en restant héritier, le légitimaire agit en dehors de la succession puisqu’il la retranche des donations qui ont déjà quitté le patrimoine du *de cujus*.

Ainsi, il n’est pas nécessaire de se porter héritier pour retenir sa légitime par voie d’exception.

341. **Bénéficiaires** - Les bénéficiaires de la légitime sont les descendants. La légitime ne protège que les descendants contrairement à la créance d’aliments qui protège également les ascendants et les frères et sœurs. On peut expliquer cette modification du droit romain par le fait que les

\(^{994}\) Contrairement au légitimaire *pars bonorum* qui n’est pas héritier et donc pas tenu des dettes, ce qui est conforme à son fondement qui est l’obligation pour un père de laisser des biens à son enfant pour l’aider à subsister et à vivre selon son rang.

\(^{995}\) PEGUERA POCH M., *op. cit.*, p 217 et suiv.
ascendants étaient appelés à recueillir les meubles et acquêts996 ainsi que la réserve coutumière997 et que celaaurait trop fortement réduit la faculté de disposer du de cujus. Toutefois, il existe une exception en faveur de l’ascendant dans l’indigence qui bénéficie alors d’une légitime de faveur998.
Les enfants naturels n’étaient appelés ni à la succession ab intestat ni à la légitime.
La représentation est admise dans la plupart des coutumes en cas de pluralité de souches. Dans les coutumes dans lesquelles la légitime est fixe, lorsqu’un fils unique meurt en laissant plusieurs enfants, la représentation ne joue pas et les petits-enfants reçoivent la légitime par tête. En cas de pluralité d’enfants, la légitime se règle par souche. En revanche, dans les coutumes suivant la novelle XVIII, on tient compte du nombre de représentés pour fixer la légitime.

La légitime n’est pas attachée à la personne. Ainsi, les ayants causes du légitimaire peuvent la réclamer si celui-ci a omis de le faire.

Il existe toutefois plusieurs exceptions telles que l’incapacité à succéder999, l’indignité, la prescription1000, la renonciation1001 et notamment celle des filles dotées. En effet, la fille était considérée comme ayant transigé sur la succession future et sur la légitime. Toutefois, il existe des exceptions : lorsque la fille n’avait pas reçu sa dot, lorsque la différence entre la dot reçue par la fille et la légitime qu’elle aurait dû recevoir était trop importante et cachait une exhérédation. Certaines coutumes excluaient de plein droit les filles dotées1002 mais prévoyait toutefois la possibilité pour le père de rappeler la fille à la succession par testament ou de la réserver dans le contrat de mariage.

996 BROCHER C., op. cit., p. 247
997 PAVY A., op. cit., p. 158
998 VASSEL P., op. cit., p. 48.
999 Les enfants non conçus au moment du décès, les morts civils, les religieux profès, les étrangers et les enfants naturels.
1000 Elle était de trente ans.
1001 Le légitimaire conservait toutefois son droit à retenir sa légitime par voie d’exception.
1002 Notamment les coutumes de Touraine, Anjou, Bretagne, Poitou, Marche et Auvergne.
342. **Quotité de la légitime** – Les pays de coutumes avaient d’abord adopté la quotité de la légitime fixée par la nouvelle XVIII\(^{1003}\). Mais lors de la réformation des coutumes, certains rédacteurs modifièrent cette quotité. Ainsi, les Coutumes de Paris\(^{1004}\), Calais, Saint-Omer, la Châtellenie d’Aire, Chauny et Orléans portèrent cette quotité à la moitié de la part héréditaire ce qui revient à dire que la légitime est de la moitié de la succession. De nombreuses coutumes\(^{1005}\) ne se prononcèrent pas sur cette quotité et l’on se demanda s’il fallait continuer à appliquer la quotité de la Novelle XVIII ou celle de la Coutume de Paris. Un arrêt du 10 mars 1672 se prononça en faveur de la quotité de la coutume de Paris.

Les enfants exclus de la légitime ne sont pas comptés à l’exception de ceux qui prennent leur légitime par voie d’exception et des filles dotées.

343. **Liquidation** – La légitime a pour but de protéger les enfants contre les libéralités excessives. L’enfant ne peut prendre que la légitime ou la réserve mais pas les deux. Il doit procéder à un calcul pour déterminer ce qui est le plus avantageux pour lui. Mais même si ces protections ne se cumulent pas, si la réserve n’est pas suffisante pour fournir la valeur de la légitime, les enfants peuvent demander le supplément à condition de retrancher la part des biens qu’ils ont déjà reçus par leur réserve. Certains auteurs affirment qu’il faut d’abord invoquer la réserve puis seulement la légitime, ceci afin d’éviter de toucher aux donations entre vifs si ce n’est pas nécessaire\(^ {1006}\). En revanche, la légitime prime le droit d’aïnesse puisqu’elle est de droit naturel.

---

1003 Soit le tiers de ses biens lorsqu’ils étaient quatre enfants ou moins et la moitié s’il y avait plus de cinq enfants.
1004 « La légitime est la moitié de telle part et portion que chacun enfant eust eu en la succession desdits pere et mere, ageul ou ageule, ou autres ascendans, si lesdits pere et mere ou autres ascendans, n’eussent disposé par donation entre vifs, ou derniere volonté. Sur le tout desduit les debtes et frais funéraux »
1005 Notamment les coutumes de la Marche, du Bourbonnais et de l’Auvergne.

339
Il faut en premier lieu établir une masse de calcul comprenant les biens existants, déduction faite des dettes auxquelles on adjoint fictivement les biens donnés afin de reconstituer le patrimoine tel qu’il aurait existé si le défunt n’avait jamais fait de libéralité. Les biens existants sont évalués selon leur état et leur valeur au jour du décès. On évalue les biens donnés d’après leur état au jour de la donation et leur valeur au jour du décès.

Une difficulté se pose pour les dots qu’on ne peut qualifier de libéralités. Une ordonnance de 1731 prévoit pourtant que la dot peut subir le retranchement entre les mains de l’époux de la fille dotée du vivant de ce dernier\textsuperscript{1007}.

Il faut ensuite déterminer les légitimaires afin d’établir la part héréditaire de chaque légitimaire puisque dans la plupart des coutumes, cette part est, comme dans la coutume de Paris, de moitié de la part héréditaire. La légitime est donc attribuée individuellement à la différence de la légitime de la nouvelle XVIII attribuée collectivement. Les légitimaires descendants sont comptés par tête lorsqu’ils viennent à la succession et par souche lorsqu’ils viennent par représentation. Ceux qui renoncent ne sont pas comptés dans le nombre des légitimaires.

Une fois déterminée la masse de calcul de la légitime et le nombre de légitimaires, il faut s’assurer qu’ils n’ont pas été remplis de leur légitime au moyen d’une libéralité.

Pour cela, on impute la libéralité sur la légitime lorsque celle-ci n’est pas dispensée de rapport. En revanche, les biens recueillis par une substitution ne s’imputent pas sur la légitime. Il faut également imputer les quatre quinit des propres obtenus en vertu de la réserve coutumière.

344. \underline{Sanction de la légitime} – Les coutumes accordent aux parents légitimaires une action en retranchement pour attaquer les dispositions faites en fraude de leur légitime. Ils peuvent demander la révocation des libéralités.

\textsuperscript{1007} Alors qu’une controverse sur la nature onéreuse de la dot se pose : \textit{Cf. PAVY A., op. cit.,} p. 167 et suiv.
leur portant préjudice en partant de la plus récente jusqu'à la plus ancienne. Ainsi, on réduit d'abord les legs universels ou à titre universel, ensuite les legs à titre particulier puis les donations de la plus récente à la plus ancienne. Le testament n'est pas annulé comme en droit romain.

La légitime doit être délivrée en propriété et en biens héréditaires, ce qui est une conséquence de la légitime 

\textit{pars hereditatis}. Ainsi, le légitimaire peut réclamer sa légitime entre les mains d'un tiers détenteur. Une exception est néanmoins permise en faveur des biens nobles et du droit d'aïnésse : on accepte que la légitime soit payée en deniers ou autres biens de la succession.

Le droit d'aïnésse n'entre pas dans le calcul de la masse successorale pour déterminer la légitime. L'article XVII de la coutume réformée de Paris nous dit que la légitime des puïnés prime le droit d'aïnésse. Le droit d'aïnésse est alors considéré comme une donation inofficieuse et on y tranche la légitime.

Ainsi, les descendants bénéficient dans tous les cas d'une subsistance.

L'épouse n'est pas oubliée puisqu'elle bénéficie de son douaire au décès de son mari.

C – Le douaire de la veuve

\textbf{345. Présentation historique} - Le droit romain ne connaissait pas de tel mécanisme. En revanche, les germanins se sont toujours souciés de conserver une subsistance pour les veuves grâce au mécanisme du \textit{dos ex marito}. L'homme barbare, lorsqu'il se mariait, assignait une dot à son épouse

\textsuperscript{1008} Ils ne peuvent pas de mander la révocation de toutes les libéralités comme en droit romain.
\textsuperscript{1009} \textit{PAVY A.}, \textit{op. cit.}, p. 195 et suiv.
\textsuperscript{1010} \textit{PEGUERA POCH M.}, \textit{op. cit.}, p. 245 et suiv.
\textsuperscript{1011} \textit{PEGUERA POCH M.}, \textit{op. cit.}, p. 225.

Coutume de Paris de 1580, Art. XVII : « ( ...) Et où il y auroit autres biens qui ne fussent suffisans pour fournir ledict droits aux enfans, le supplément de ladite légitime ( ...) se prendra sur ledit fief. » in BD\textsc{R}, t. III, p. 31.
constituée au moyen des propres de celui-ci mais dont il gardait la gestion. Il s’agissait en général d’immeubles. Ces biens ne pouvaient être aliénés que par les deux époux ensemble durant l’union\textsuperscript{1012}.

Peu à peu, la coutume a restreint les pouvoirs de la veuve en réservant les biens de sa dot aux enfants communs ou s’il n’y en avait pas, au lignage de l’époux. Le droit coutumier appela ce mécanisme « douaire » et ce douaire n’attribue plus les biens en pleine propriété à l’épouse mais uniquement en usufruit.

Lors de la période féodale, le douaire est conventionnel. Le mari doit doter sa femme d’un douaire pour lui permettre de subvenir à ses besoins s’il décède. Pour cela, il lui suffit de prononcer une formule rituelle au cours de la bénédiction nuptiale\textsuperscript{1013}. Le douaire ne constitue pas une libéralité : l’homme, lorsqu’il épouse une femme, contracte obligation de pourvoir à la subsistance de son épouse sur ses biens après sa mort. Ce douaire est indispensable puisque la femme n’hérite pas de ses parents, sa subsistance ne peut provenir que de son mari.

Le Roi Philippe-Auguste, en 1214, introduit le douaire légal en attribuant à la veuve la moitié des propres, soit les immeubles, présents et futurs du mari\textsuperscript{1014}. Ainsi, il existe deux sortes de douaire dans la majorité des coutumes : un douaire conventionnel et un douaire légal qui ne prend effet qu’en l’absence de douaire conventionnel. La veuve est ainsi assurée d’avoir une subsistance au décès de son époux. Mais peu à peu, la coutume en vient à ne faire porter le douaire que sur l’usufruit d’une certaine partie de l’héritage afin de conserver les biens dans les familles. Peu à peu, ce droit fut converti en un droit viage, lequel se distingue du droit d’usufruit puisqu’il comporte les dignités et honneurs attachés aux biens soumis au douaire. Ce droit s’apparente à une propriété temporaire grevée d’une obligation de restitution à la mort de son bénéficiaire.


\textsuperscript{1013} Ainsi BEAUMANOIR nous rapporte que le prêtre faisait répéter à l’homme la formule suivante « Duoaire qui est devisé entre mes amis et les tiens, le deu » : Coutumes de Beauvaisis, par AM. Salmon, t. premier, éd. Alphonse Picard et fils, 1899, p. 215.

\textsuperscript{1014} LÉVY J.-P. et CASTALDO A., donnent une traduction de cette phrase : « du douaire qui est convenu entre mes parents et les tiens te gratifie » , op. cit., p. 1406, note 1.

\textsuperscript{1014} SCHMITZ J., Le douaire coutumier à partir du XIIIème siècle et sa suppression, thèse Paris 1900, p. 11.
Le douaire porte à la fin du XIIIe siècle sur les biens que le mari possède au jour du mariage et sur ceux qui lui adviennent par succession durant le mariage en ligne directe\textsuperscript{1015}. Ce douaire peut également porter sur les fiefs\textsuperscript{1016}.

\textbf{346. Conditions du douaire} - Le douaire de la veuve est défini comme « ce que la convention ou la loi accorde à la femme dans les biens de son mari pour sa subsistance au cas où elle lui survive\textsuperscript{1017} ».

Pour qu’il y ait douaire, il faut un mariage valable et la mort du mari. L’épouse est saisie de plein droit de son douaire au jour du décès dans la majorité des coutumes.

Le douaire conventionnel est une donation. En revanche, le douaire coutumier n’est pas qualifié de donation en raison de cette fonction de subsistance de la veuve\textsuperscript{1018}.

En effet, le douaire est dû à la femme par le mari, il n’y a pas d’intention libératoire. Lorsque le douaire conventionnel est plus élevé que le douaire coutumier, il suit la nature du douaire coutumier.


\textbf{347. Extinction du douaire} – Le douaire s’éteint par le décès de l’épouse ou la consolidation sur sa tête de la nue-propriété et de l’usufruit. En revanche, le second mariage ne met pas fin au douaire.

\textsuperscript{1015} SCHMITZ J., \textit{ibid.}, p. 8.
\textsuperscript{1017} POTHIER, \textit{Œuvres complètes de Pothier, Traité du douaire}, t. XIII, Chez Thomine et Fortic, 1821, p. 1, § 1.
\textsuperscript{1018} POTHIER, \textit{ibidem}, p. 6, n° 5.
348. **Quotité** - La quotité du douaire差re selon les coutumes. Ainsi, les coutumes de l'ouest, Normandie, Bretagne, Anjou prescrivent une quotité de l'usufruit du tiers des biens du mari. Les autres coutumes portent sur l'usufruit de la moitié des biens du mari.\(^{1019}\)

349. **Assiette** - En revanche, l’assiette du douaire est identique dans toutes les coutumes. Il porte sur les immeubles du mari. Toutefois, la qualité des immeubles diffère selon les coutumes. Les coutumes de Paris et d’Orléans font porter le douaire sur les héritages appartenant au mari au jour de son mariage, advenus comme héritage au cours du mariage par succession en ligne directe. Certaines coutumes, comme celles de Normandie, Poitou et Anjou, y ajoutent les biens qui auraient dû advenir au mari pendant l’union lorsque le mari décède avant d’avoir recueilli l’héritage de ses parents. Les coutumes de Berry et Bourbonnais font porter le douaire sur tous les immeubles.\(^{1020}\)

Le douaire ne porte en revanche jamais sur les conquêtes puisque la femme commune en biens recueille la moitié des conquêtes au décès de son époux.

Il existe dans quelques coutumes, un douaire subsidiaire : lorsque l’époux n’a aucun héritage, le douaire peut porter sur les conquêtes et parfois sur les meubles.\(^{1021}\)

Malgré son utilité incontestable, le douaire comporte un inconvénient majeur. Si l’époux aliène l’un de ses propres pendant l’union et qu’il décède avant son épouse, la veuve peut réclamer son douaire sur les biens aliénés si les biens présents ne suffisent pas pour le remplir. Dans ce cas, l’aliénation lui est inopposable. Ainsi, les acquéreurs ne peuvent pas savoir avant le décès du mari si les biens présents seront suffisants pour constituer le douaire de l’épouse et il en résulte une indisponibilité diffuse. Il est toutefois possible de remédier à cette difficulté en faisant soit intervenir

---

1019 SCHMITZ J., *op. cit.*, p. 34.
1021 C’est le cas dans la coutume d’Orléans, du Bourbonnais et de Trembevif : SCHMITZ J., *op. cit.*, p. 41 et suiv.
l’épouse lors de l’aliénation, soit en permettant au mari d’affecter un autre bien propre, en remplacement du bien aliéné, au douaire de son épouse\textsuperscript{1022}.

Ainsi, le droit coutumier n’omet pas la subsistance des descendants et de l’épouse. Les rédacteurs du Code civil, en s’inspirant fortement de la légitime coutumière, donnent également ce fondement à la réserve héréditaire.

\textsuperscript{1022} LÉVY J.-P., CASTALDO A., \textit{op. cit.}, p. 1410 et suiv.
§ II – La subsistance, principe sous-jacent de l’ordre public successoral au sein du Code civil

350. Plan - Le Code civil est une œuvre de transaction entre les pays de droit romain et les pays coutumiers. La réserve en est une parfaite illustration puisque les rédacteurs ont voulu « atteindre le but de la (...) (légitime) par les moyens employés pour assurer la (...) (réserve coutumière). » Ainsi, le fondement de la réserve du Code civil est celui de la légitime soit la subsistance (A) ce qui va induire ses bénéficiaires et sa quotité (B).

A – Le fondement de la réserve héréditaire, héritage de la légitime de droit romain


Le projet de Code civil a été élaboré après avoir demandé l’avis des différents tribunaux d’appel. La plupart des observations rendues par les tribunaux d’appel

---

1023 BOISSONADE, op. cit., p. 672.
1024 Les textes proposés dans le premier projet de Code civil sont les suivants :

Article 16 : « Les donations soient entre vivants, soit à cause de mort, ne peuvent excéder le quart des biens du donateur, s’il laisse, à son décès, des enfants ou descendants ; la moitié, s’il laisse des ascendants ou frères et sœurs ; les trois quarts s’il laisse des neveux ou nièces, enfant au premier degré d’un frère ou d’une sœur. A défaut de parents dans les degrés ci-dessus exprimés, les donations peuvent épuiser la totalité des biens du donateur. »

Article 17 : « La donation en usufruit ne peut excéder la quotité dont on peut disposer en propriété ; en telle sorte que le don d’un usufruit ou d’une pension est réductible au quart, à la moitié, ou aux trois quarts du revenu total, dans les cas ci-dessus exprimés. Sans préjudice néanmoins de ce qui est réglé à l’égard des époux. »

Article 18 : « La donation de la quotité disponible peut être faite en tout ou en partie, même en faveur des enfants des autres successibles du donateur. »

Article 19 : « Cette donation n’est pas rapportable par le donateur venant à la succession, pourvu qu’elle ait été faite expressément à titre de préciput et hors part. »

346
font écho à l’héritage coutumier propre à chaque région et chaque tribunal essaie
d’influencer les rédacteurs du Code dans son sens. Le tribunal de Paris se livre à une
analyse de la légitime et de la réserve au regard des propositions de la commission.
Le tribunal souligne la disparition de la réserve coutumière au motif que le
fondement de celle-ci était dépassé puisque la propriété individuelle avait pris la
place de la copropriété familiale. En outre, la réserve coutumière avait été englobée
dans la légitime coutumière, laquelle protégeait mieux les héritiers1025.

Lors des débats, Bigot de Préameneu évoque le fondement qu’il souhaite donner à la
légitime lorsqu’il dit que « les pères et mères qui ont donné l’existence naturelle ne
doivent pas avoir la liberté de faire arbitrairement perdre, sous un rapport aussi
essentiel, l’existence civile ; et si le père doit rester libre de conserver l’existence de
son droit de propriété, il doit aussi remplir les devoirs que la paternité lui a imposés
envers ses enfants et envers la société1026. » Ce devoir est notamment de laisser une
subsistance conforme à leur rang à ses enfants, tout comme en droit romain. La
conservation des biens dans la famille, fondement de la réserve coutumière, n’est à
aucun moment évoquée dans les discussions préalables. Ceci est corroboré par
l’article 732 du Code civil selon lequel « la loi ne considère ni la nature ni l’origine
des biens pour en régler la succession1027. » En outre, la légitime serait de droit
naturel tandis que la réserve serait de droit positif1028.

Ainsi, on peut affirmer que le fondement de la réserve du Code civil est, de toute
evidence, l’obligation morale de laisser une subsistance conforme à leur rang à ses
enfants, fondement de la légitime de droit romain et de la légitime coutumière. Le
nom donné à la réserve pourrait induire en erreur. Toutefois, les commissaires
n’utilisent pas toujours, durant les débats, le mot « réserve » mais indifféremment les
noms « réserve » et « légitime ». Le mot réserve n’a été substitué que dans la
rédaction définitive.

1025 PEGUERA-POCH M., op. cit., p. 303 à 314.
1026 FENET, Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, t. I, éd. Au dépôt, 1827,
t. XII, p. 245. Voir également page 534 : « le père a contracté non seulement envers ses enfants
mais envers la société l’obligation de leur conserver des moyens d’existence proportionnés à sa
fortune. »
1027 FENET, ibidem, t. XII, p. 12 à 17.
Cette opinion est corroborée par les analyses postérieures des auteurs. Ainsi Demolombe précise que la réserve est « d’abord la sanction d’un devoir naturel, de ce devoir de piété, officium pietatis, qui lie réciproquement les descendants et les ascendants ; c’est de cette cause que nous avons vu naître l’obligation alimentaire ; et c’est aussi la même cause qui va produire ici la réserve »1029. » Josserand explique également à propos de la réserve que « nous sommes tenus, envers nos proches, d’une obligation alimentaire ; cette obligation ne s’éteint pas avec nous mais elle se prolonge en se transformant (…) ainsi l’exige la solidarité familiale, la cohésion de la famille »1030. » Ainsi, les parents mettant au monde des enfants ont obligation de leur donner des moyens de subsister et cette obligation ne peut cesser à la mort du débiteur1031. La dette d’aliment a également justifié la réserve. Le terme « aliment » étant entendu au sens de « tous les devoirs moraux du père, soit quant à l’éducation, soit quant aux conséquences qui en résultent, car l’éducation oblige et comporte un rang social correspondant. » Il en est de même pour Planiol et Ripert, lesquels appuient le fondement de la réserve sur une obligation morale de piété filiale et d’affection parentale exigeant l’obligation alimentaire du vivant et la réserve héréditaire au décès. Même si l’obligation alimentaire et la réserve diffèrent, leur source est commune1033.

Les bénéficiaires de la réserve du Code civil sont également les mêmes que dans la légitime de droit romain.

1028 BIGOT-PÉRAMÉNEU in FENET, op. cit., t. XII, p. 251.
1029 DEMOLOMBE G., op. cit., p. 36.
1030 JOSSE RAND L., Cours de droit civil positif français, Tome III, les régimes matrimoniaux, les successions légales, les libéralités, éd. Sirey, 1940, p. 975, n° 1657.
B – Les bénéficiaires et la quotité de la réserve héréditaire du Code civil

352. **Bénéficiaires et quotité de la réserve des descendants** - Les bénéficiaires de la réserve sont-ils tous les lignagers comme c’est le cas pour la réserve du droit coutumier ou s’agit-il seulement des descendants et des ascendants, voire des frères et sœurs, comme dans la légitime de droit romain ? Le fondement de la réserve étant alimentaire, ses bénéficiaires ne peuvent être que des proches. Les bénéficiaires de la réserve sont par conséquent les descendants et les ascendants.

Tout d’abord, la réserve appartient aux enfants légitimes, adoptifs et naturels\(^{1034}\). La quotité de la réserve héréditaire fut discutée lors des travaux préparatoires du Code civil. Le conseil avait proposé, lors des débats initiaux, de fixer la légitime aux trois quarts de la portion qui aurait dû leur revenir par succession pour les descendants et à la moitié de la succession pour les ascendants, soit celle de la légitime dans les coutumes\(^{1035}\). Les rédacteurs avaient préféré ce système au système de la coutume de Paris, lequel prévoyait que la légitime était de la moitié de la part successoriale.

Finalement, une part fixe selon le nombre d’enfants fut préférée. En effet, la plupart des tribunaux d’appel interrogés, à l’exception de ceux de Paris, Montpellier et Limoges marquaient leur préférence pour la quotité proposée par le projet\(^{1036}\). En outre, le système coutumier n’était pas avantageux lorsqu’il y avait beaucoup d’enfants. Ainsi, en présence de six enfants, la légitime coutumière n’était que de 1/12\(^{2}\) par enfant tandis que l’étranger pouvait être gratifié de 6/12\(^{1037}\). Le système proposé dans le projet paraît moins disproportionné pour les enfants puisque la quotité de la réserve suit le nombre d’enfants jusqu’à trois afin de laisser libre disposition au *pater familias* d’une part au moins égale au quart de son

---

\(^{1034}\) Pour l’étude de la réserve des enfants naturels, voir *infra* n° 271.

\(^{1035}\) FENET, *op. cit.*, t. XII, p. 254, l’article proposé à la discussion était : « *S’il y a des enfants ou descendans des enfans au temps du décès, ils auront à titre de légitime les trois quarts de ce qui leur reviendrait par succession s’il n’y avait pas de donation entre vifs ou testamentaires. A défaut de descendans, s’il y a des ascendans, leur légitime sera de moitié.* »

\(^{1036}\) FENET, *ibidem*, p. 256.

\(^{1037}\) FENET, *ibidem*, p. 304.
patrimoine\textsuperscript{1038}. Ce qui importe pour les rédacteurs c’est la libre disposition d’une partie de sa fortune pour le père de famille\textsuperscript{1039}.

Le Code civil laisse ainsi à libre disposition du \textit{pater familias}, la moitié de la succession s’il n’a qu’un enfant, le tiers s’il en a deux, le quart s’il en a trois ou plus, conformément à son article 913\textsuperscript{1040}. Il prévoit également une réserve au profit des ascendants.

353. Discussion autour de la réserve des ascendants – Les ascendants ne bénéficiaient pas de la légitime coutumière dans les pays de coutume, parce que leur accorder une légitime aurait restreint de manière trop forte la liberté de disposer. En effet, la légitime n’aurait pu être prise que sur les meubles et acquêts puisque les propres étaient protégés par la réserve coutumière des quatre-quintes. Ainsi, le \textit{de cujus} ne pouvait disposer que d’un quart de ses propres, il aurait été trop restrictif de limiter, en outre, la disposition des meubles et acquêts\textsuperscript{1041}. A l’inverse, dans les pays de droit écrit, les ascendants bénéficiaient d’une légitime d’un tiers à se partager. Les consultations aux tribunaux montrent que la plupart des tribunaux sont favorables à l’introduction d’une réserve au profit des ascendants. Le tribunal de Paris se félicite de la proposition d’accorder une légitime aux

---

\textsuperscript{1038} FENET, \textit{ibidem}, p. 526 : « Il faut considérer que l’ordre conforme à la nature est celui dans lequel les pères et mères ne voudront disposer de leur propriété qu’au profit de leurs enfants et pour réparer les inégalités naturelles ou accidentelles. Lorsque le nombre des enfants est considérable, la loi doit réserver à chacun d’eux une quotité suffisante sans trop diminuer dans la main du père les moyens de fournir à des besoins particuliers qui seraient alors multipliés. »

\textsuperscript{1039} FENET, \textit{ibidem}, p. 317 ; PERNEY D., \textit{op. cit.}, n° 69.

\textsuperscript{1040} Article 913 du Code civil de 1804 : « Les libéralités, soit par actes entre-vifs, soit par testament ne pourront excéder la moitié des biens du disposant, s’il ne laisse à son décès qu’un enfant légitime ; le tiers, s’il laisse deux enfants, le quart, s’il en laisse trois ou un plus grand nombre. »

ascendants\textsuperscript{1042}. En revanche, la proposition d’accorder une réserve aux collatéraux a été repoussée par les tribunaux et finalement abandonnée par les rédacteurs du Code civil.

354. **Bénéficiaires et quotité de la réserve des ascendants** - La réserve des ascendants est d’un quart des biens pour chaque ligne conformément à l’article 915 du Code civil\textsuperscript{1043}, quels que soient le nombre et le degré d’ascendant dans une ligne. Le défaut d’ascendant dans une ligne ne fait pas bénéficier l’autre ligne de son quart. Les travaux préparatoires justifient la différence de quotité avec les descendants par le fait que les ascendants bénéficient de leur droit de retour légal des biens donnés\textsuperscript{1044}.

La réserve des ascendants bénéficie à tous les ascendants : père, mère et aïeuls, voire bisaïeuls mais uniquement s’ils sont légitimes. La réserve leur est accordée dans l’ordre dans lequel la loi les appelle à succéder. Elle appartient à l’ascendant le plus proche en degré dans chaque ligne.

Ainsi les bénéficiaires de la réserve sont ceux de la légitime de droit romain, en accord avec le fondement qu’assigne à la réserve les rédacteurs du Code civil.

355. **Conclusion de section** – Alors que la conservation des biens dans la famille en droit coutumier, puis la dispersion des biens dans le Code civil, apparaissent comme les fondements principaux de la réserve, nous avons

\begin{footnotesize}
\textsuperscript{1042} « Il est juste d’accorder pareillement une légitime aux ascendants sur les biens de leurs enfants. Le fils doit des aliments au père, comme le père en doit au fils. Et quoique la succession du fils, ainsi que l’observer la loi, ne soit pas destinée au père, selon l’ordre et le vœu de la nature, néanmoins, le cas arrivant, la piété filiale ne permet pas que le père en soit privé pour la transférer à d’autres personnes, ou étrangères au défunt, ou qui ont avec lui des relations moins intimes. » FENET, op. cit., tome V, Observations des commissaires du tribunal d’appel s’étant à Paris, p. 257-258.

\textsuperscript{1043} Article 915 du Code civil de 1804 : « Les libéralités par acte entre vifs ou par testament, ne pourront excéder la moitié des biens, si, à défaut d’enfant, le défunt laisse un ou plusieurs ascendants dans chacune des lignes paternelle et maternelle; et les trois quarts, s’il ne laisse d’ascendants que dans une ligne.
Les biens ainsi réservés au profit des ascendants, seront par eux recueillis dans l’ordre où la loi les appelle à succéder; ils auront seuls droit à cette réserve, dans tous les cas où un partage avec des collatéraux ne leur donnerait pas la quotité de biens à laquelle elle est fixée. » FENET, op. cit., t. XII, p. 250.
\end{footnotesize}
démontré que la subsistance y est toujours présente de manière sous-jacente. En droit coutumier, la soutenance oblige les aînés à pourvoir à la subsistance de leurs frères puînés et de leurs sœurs. Puis, apparaît, petit à petit, dans les coutumes, la légitime coutumière inspirée de la légitime romaine dont bénéficient les descendants et qui a pour but de compléter la réserve coutumière. La veuve, quant à elle, bénéficie également d’une subsistance grâce à un douaire, lequel lui accorde un usufruit sur une part des biens propres de son mari.

Dans le Code civil, la subsistance apparaît être le fondement de la réserve héréditaire. Ce fondement transparaît dans les discussions des rédacteurs mais également dans les analyses postérieures. Les bénéficiaires de la réserve sont en accord avec ce fondement.

356. Conclusion du chapitre – Du droit romain jusqu’au Code civil, notre étude a démontré que le devoir de piété ou subsistance innère le droit successoral et permet d’assurer la subsistance de ses proches après son décès. Ce devoir de piété prend toutefois des formes différentes.

En droit romain, la légitime créée par le tribunal des centumvirs vient limiter la liberté testamentaire afin d’obliger les parents à accomplir leur devoir de piété envers leurs enfants, même après leur décès. En droit coutumier, le devoir de subsistance existe également au travers, primitivement, de la soutenance due par l’aîné à ses puînés et à ses sœurs, puis plus tard par l’introduction de la légitime de droit romain dans les coutumes. Le mariage impose également un devoir de subsistance au-delà de la mort par le douaire de la veuve, lequel donne un usufruit sur une part des propres du mari à la veuve.

Dans le Code civil, les discussions préliminaires dévoilent que les rédacteurs du Code civil ont entendu que la subsistance soit le fondement de la réserve du Code civil. Ainsi, les proches doivent des aliments durant la vie et une réserve à leur décès. Les bénéficiaires de la réserve héréditaire dans le Code civil de 1804 corroborent cette analyse puisqu’il ne s’agit que des descendants et ascendants.
Aujourd’hui, dans le droit contemporain, cette fonction alimentaire existe également dans la réserve, de même que dans d’autres droits concurrençant ou complétant la réserve.
Chapitre II – La fonction alimentaire, fonction contemporaine de la réserve

357. **Plan** - En droit romain, la réserve héréditaire était seule à assurer des aliments aux parents du défunt. En revanche, en droit coutumier, cette fonction était assurée par divers mécanismes lorsque la légitime coutumière n’existant pas\(^\text{1045}\) ou ne s’appliquait pas\(^\text{1046}\). Les rédacteurs du Code civil n’ont repris que le fondement alimentaire de la légitime de droit romain et coutumière et ses bénéficiaires, la nature de la réserve étant inspirée de la réserve coutumière\(^\text{1047}\).

Les récentes réformes en droit des successions démontrent une volonté du législateur de se rapprocher de ces conceptions puisque l’étude de la nature de la réserve nous montre que même si elle conserve son caractère successoral, elle n’est plus un droit réel dans la succession. On perçoit ainsi un rapprochement de sa nature et de sa fonction alimentaire. Pourtant, cette fonction alimentaire n’est pas remplie en droit positif pour certains héritiers réservataires : l’augmentation des droits successoraux du conjoint et la volonté de lui conserver des moyens de subsistance obligent les enfants à différer l’appréhension de leur réserve au décès du conjoint (Section I).

L’héritage du droit coutumier se décèle également dans la volonté du législateur de fournir des droits concurrents à la réserve à certaines personnes telles que le conjoint (Section II).

\(^{1045}\) Telle que la soutenance des puinés, *cf. infra* n° 335.

\(^{1046}\) Ainsi, le douaire permettait à la veuve de bénéficier d’une subsistance. *Cf. infra* n° 345 et suiv.

\(^{1047}\) *Cf. infra* n° 81 et suiv.
Section I – La transformation de la réserve en une créance différée dans la succession

358. Plan - La nature de la réserve dépend d’abord de la manière dont on aborde la succession. En droit romain, la succession testamentaire était prépondérante. Ainsi, le de cujus instituait son héritier par testament et les héritiers réservataires n’avaient qu’une créance alimentaire à faire valoir contre cet héritier institué. La légitime était donc pars bonorum car elle représentait un droit de créance personnel contre la succession, acquittable en espèces. C’était un droit individuel dévolu à ses bénéficiaires de par leur qualité de parents. Le légataire n’était pas tenu aux dettes puisqu’il n’était pas héritier.\(^{1048}\)

En droit coutumier, la succession *ab intestat* dominait. La réserve était une barrière à la dissipation des biens hors de la famille ce qui explique qu’elle était la succession, elle-même diminuée de la portion disponible\(^ {1049}\). La réserve était par conséquent un droit réel sur les biens de la famille dévolu collectivement à tous les héritiers désignés par la loi et acceptants. Ils étaient ainsi tenus aux dettes. Lorsque la légitime romaine a été introduite dans le droit coutumier, elle a épousé la nature de la réserve coutumière\(^ {1050}\).

Le système successoral français créé par les rédacteurs du Code civil est mixte ; il repose majoritairement sur la succession *ab intestat* en réservant une place à la succession testamentaire\(^ {1051}\). L’étude de la réserve issue du Code civil nous a montré que son fondement et ses bénéficiaires étaient inspirés de la légitime romaine alors que sa nature était celle de la réserve et de la légitime coutumières.

---

1048 *Infra* n° 328.
1050 *Infra* n° 339.
La loi du 23 juin 2006 a consacré la nature *pars hereditatis* et successoriale de la réserve en la définissant comme « la part des biens et droits successoraux dont la loi assure la dévolution libre de charges à certains héritiers dits réservataires, s’ils sont appelés à la succession et s’ils l’acceptent ». Pourtant, les récentes réformes du droit des successions laissent à penser que la réserve se transforme en une créance dans la succession, *pars bonorum* (§ I).

Cette créance tend en outre à être différée. Alors que la réserve alimentaire servait à donner une subsistance, l’augmentation de la durée de la vie a conduit le législateur à augmenter les droits du conjoint en usufruit empiétant par là-même sur la réserve des enfants. Le plus souvent, ceux-ci ne pourront profiter effectivement de leur part réservée qu’au décès du conjoint survivant (§ II).

§ I – Une réserve désormais pars bonorum ?

359. **Plan** - Dans le droit coutumier, la réserve était un droit réel dans et sur les biens, ayant pour fondement la conservation des biens dans la famille, dévolu collectivement à tous les héritiers acceptants légalement désignés. Dans la conception romaine, la réserve était, à l’inverse, un droit de créance personnel, non pas dans mais contre la succession, acquittable en espèces et ayant pour fondement l’obligation alimentaire pesant sur le défunt envers ses proches. Il s’agissait d’un droit individuel dévolu *ut singuli* à ses bénéficiaires en qualité de parents.

Nous avons vu que, lors de la rédaction du Code civil, les rédacteurs ont donné un fondement alimentaire à la réserve tout en lui conservant sa nature *pars hereditatis* afin de morceler les héritages. Toutefois, les récentes modifications de la réserve opérées à partir de la loi de 1971 laissent à penser que la nature de la réserve tend à rejoindre son fondement alimentaire et ses bénéficiaires. En effet, on observe un glissement d’une réserve collective à une part de réserve individuelle (A) ainsi qu’une modification de la nature réelle de l’action en réduction (B).
A – Le glissement vers une part privative de la succession affectée à certains héritiers

360. **Plan** - La réserve héréditaire tend à devenir une part privative de la succession au détriment de sa vocation familiale collective. Cette tendance s’observe par la fin de la transmission de la réserve à l’ordre subséquent (1), le caractère individuel de la réserve (2) et la fin de l’indisponibilité des biens composant la réserve (3).

1 – La fin de la transmission de la réserve à l’ordre subséquent

361. **La suppression de la vocation familiale de la réserve** – La vocation familiale de la réserve commandait qu’en cas d’absence ou de renonciation des descendants et de renonciation des ascendants, la réserve qui leur était dévolue était transmise aux collatéraux privilégiés en l’absence de légataire universel. Un arrêt du 1er mars 1977 a mis fin à cette jurisprudence. Dans cet arrêt, une vieille dame avait légué la quotité disponible ne laissant que la réserve. Une de ses petites-filles, dont le père était décédé et qui avait fait l’objet d’une légitimation adoptive à laquelle sa grand-mère n’avait pas adhéré par acte authentique, lui refusant par là-même la qualité de réservataire, prétendait bénéficier du partage de la réserve en tant qu’héritière *ab intestat*. La cour d’appel avait accueilli sa demande au motif que, « la réserve étant la succession elle-même diminuée de la quotité disponible, les biens composant la réserve doivent être dévolus selon les règles des successions *ab intestat* ». La Cour de cassation casse cet arrêt en affirmant que « la part de succession réservée par ce texte (art. 913) à certains héritiers leur est affectée

1052 *Cf. infra* n° 91.
privativement à l’exclusion de toutes autres personnes ayant vocation à la succession et notamment des successibles n’ayant pas la qualité de réservataires. »

Ainsi, la Cour de cassation rompt avec la solution de l’arrêt Lavialle\(^\text{1055}\) en affirmant pour la première fois que désormais la réserve est affectée privativement aux héritiers réservataires et à eux seuls. La conséquence de cet arrêt est que la réserve ne se transmet plus mais s’éteint si les réservataires renoncent. La réserve perd sa vocation familiale pour devenir individuelle et se transforme en une « *institution de protection personnelle des réservataires* \(^\text{1056}\) ».

Cette décision a eu comme conséquence, lors de la promulgation de la loi du 3 décembre 2001, de priver les ascendants de leur réserve en présence d’un conjoint survivant, pourtant non réservataire, puisque celui-ci les primait et recueillait toute la succession en l’absence de descendants\(^\text{1057}\). Avec la suppression de la réserve des ascendants à la suite de la loi du 23 juin 2006, cette hypothèse est désormais caduque.

La perte de la vocation familiale de la réserve s’illustre également dans la fin du caractère collectif de la réserve.

2 – Le caractère collectif ou individuel de la réserve

Le caractère collectif ou individuel de la réserve porte à conséquence sur sa quotité et sur l’imputation des donations en avancement de part successoriale.

---

\(^{1055}\) C. Cass, 27 novembre 1863 : « La réserve n’est autre chose que la succession elle-même diminuée de la quotité disponible s’il en a été disposé. » cité infra note 7.


362. L’influence du caractère collectif ou individuel de la réserve sur sa quotité - Depuis l’arrêt Laroque de Mons\textsuperscript{1058}, la renonciation d’un réservataire était sans effet sur la quotité de la réserve. En effet, en raison de sa finalité familiale et de son caractère collectif, la quotité disponible était fixée invariablesment au décès, quelles que soient les renonciations ultérieures.

Pourtant, dès la loi de 1971, on a pu observer un changement de terminologie, référence étant faite à la « part » de réserve plutôt qu’à la réserve globale dans l’article 919-1 du Code civil. La Cour de cassation, elle-même, dans l’arrêt du 1\textsuperscript{er} mars 1977 précité\textsuperscript{1059} précise que la part de succession est affectée « privativement » aux héritiers réservataires.

Désormais, le législateur n’hésite plus à faire mention de la « part de réserve ». Ainsi, l’article 1078-8 prévoyant que dans la donation-partage transgénérationnelle les biens reçus par les enfants ou leurs descendants s’imputent sur la « part » de réserve revenant à leur souche et l’article 930-2 évoque la « réserve du renonçant ».

La loi du 23 juin 2006 a également mis fin à la règle de la jurisprudence Laroque de Mons en décidant que le renonçant ne serait plus pris en compte dans le calcul de la réserve sauf s’il est représenté ou tenu au rapport d’une libéralité. Ainsi, la part de réserve du renonçant n’accroît plus la part des réservataires acceptants montrant ainsi que la réserve n’est plus familiale mais tend à devenir privative avec une vocation individuelle. La réserve ne protège plus la famille dans son ensemble mais est devenue une part privative de la succession accordée à chaque réservataire, tant qu’il n’y a pas renoncé. Cette évolution suit celle de la conception de la famille devenue plus individualiste dans laquelle l’important est l’épanouissement des individus pris individuellement.

Ce caractère individuel se manifeste de plusieurs manières.

\textsuperscript{1058}Cf. infra n° 85.
363. **L’imputation des donations en avancement de part successorale** – La question de la nature collective ou individuelle de la réserve porte, tout d’abord, à conséquence quant à l’imputation des donations en avancement de part successorale. En effet, lorsqu’un réservataire est gratifié en avancement d’hoirie et que cette libéralité dépasse la réserve, s’impute-t-elle sur la part de réserve individuelle du gratifié puis sur la quotité disponible ou alors sur la réserve globale afin de laisser la quotité disponible libre ? C’est l’affaire Lacombe du 23 juin 1964\(^{1060}\) qui trancha cette question. Dans cette affaire, les époux Lacombe décédèrent en laissant trois enfants. Les deux premiers avaient été gratifiés en avancement de part successorale tandis que la dernière avait été instituée légataire de la quotité disponible. Lors du règlement de la succession, le second enfant voulut imputer sa donation sur la réserve puis sur la quotité disponible alors que la dernière prétendait avoir droit à la totalité de la quotité disponible. La chambre civile de la Cour de cassation rejeta la demande de la légataire et l’imputation sur la réserve globale et consacra le caractère divis et individuel de la réserve. Le législateur inscrivit cette solution dans l’article 919-1 du Code civil\(^{1061}\). Ainsi, la libéralité en avancement de part successorale s’impute sur la réserve puis subsidiairement sur la quotité disponible. Entre cohéritiers, en revanche, le jeu du rapport rétablit l’égalité entre les réservataires\(^{1062}\).

364. **Le caractère individuel de l’action en réduction** - Ensuite, l’action en réduction est divisible, chaque héritier réservataire doit l’exercer pour sa part. Si la réserve était collective, un héritier réservataire pourrait exercer la réduction pour le tout quitte à conserver la totalité de la réserve si ses cohéritiers ne la lui réclamaient pas ou renonçaient à exercer l’action en réduction.

---

\(^{1059}\) *Cf. infra n° 361.*  
\(^{1061}\) Anciennement l’article 864 du Code civil.
Toutefois, l’on constate une dernière manifestation de la nature collective de la réserve : lors de l’imputation des donations consenties hors part successorale à un réservataire.

365. La subsistance du caractère collectif de la réserve lors de l’imputation d’une donation consentie hors part successorale par un réservataire - Le caractère collectif de la réserve emporte comme conséquence que l’héritier réservataire bénéficiant d’une donation préciputaire voit celle-ci être réduite dès qu’elle excède la quotité disponible. Il n’y a pas d’imputation subsidiaire sur la réserve. Si l’on considère que la réserve est désormais une part privative de la succession, il apparaît nécessaire de permettre l’imputation subsidiaire sur la réserve en modifiant l’article 919-2. Actuellement, ce résultat peut être atteint si le disposant associe à la libéralité une clause d’imputation sur la réserve globale.

Après la transformation de la réserve collective en une part individuelle dévolue au réservataire, les biens composant la réserve ne sont plus dévolus mais sont désormais affectés au réservataire.

1062 PERNEY D., op. cit., p. 450 et suiv., § 482 et suiv.
1064 Même si cela a peu de conséquence sur le partage final en raison du partage en valeur et en moins prenant. Imaginons un de *cuius* laissant deux enfants X et Y. X a reçu une donation en avancement de part successorale de 200 et Y une donation hors part successorale de 400. Les biens existants sont de 300. La masse de calcul de la réserve sera donc de 300 + 200 + 400 = 900. La réserve globale sera de 2/3 soit 600, la réserve individuelle de 300 et la quotité disponible de 300. La donation à X s’imputera sur sa part de réserve entièrement. La donation à Y s’imputera pour 300 sur la quotité disponible et sera réduite pour l’excédent soit 100. La masse partageable comprendra les biens existants, l’indemnité de rapport de X et l’indemnité de réduction de Y soit 300 + 200+ 100= 600. On pourra attribuer à X son indemnité de rapport en moins prenant et 100 de biens existants et à Y son indemnité de réduction et 200 de biens existants. Ainsi, chaque enfant aura reçu sa réserve. Si on retenait l’imputation sur la part de réserve individuelle alors la donation à Y s’imputerait subsidiairement sur sa part de réserve individuelle. Au partage, il n’y aurait que 500 de masse partageable dont 300 pour X et 200 pour Y.
3 – D’une indisponibilité générale des biens composant la réserve à une affectation de biens dans la succession au réservataire

366. **La réserve : une part de la succession indisponible** - Selon la nature *pars hereditatis* de la réserve, celle-ci est une part de la succession rendant les biens qui la composent indisponibles. En effet, le *de cujus* peut disposer de la quotité disponible tandis que la réserve héréditaire est la succession elle-même, laquelle est régie par les règles de la dévolution *ab intestat* \(^{1065}\). C’est la raison pour laquelle le *de cujus* n’avait, à l’origine, aucune influence sur celle-ci tant en quantité qu’en qualité\(^{1066}\). Cette règle a été interprétée originairement de manière stricte puisqu’elle a eu pour conséquence qu’il était impossible de stipuler sur la réserve, même dans l’intérêt du réservataire. Ainsi, le disposant ne pouvait décider que les biens donnés à un réservataire marié sous le régime de la communauté universelle et formant sa réserve seraient propres au donataire\(^{1067}\). Les juges interprétaient également de manière restrictive l’article 387 du Code civil qui permet de soustraire à la jouissance légale des parents les biens donnés ou légués. En effet, le disposant ne pouvait pas soustraire un bien donné à un petit-fils réservataire, de la jouissance légale de son père au-delà de la quotité disponible\(^{1068}\).

367. **Un revirement : une indisponibilité en faveur du réservataire** - L’arrêt Hopp du 10 juin 1975\(^{1069}\) opère un premier pas en décidant que la réserve est indisponible mais que cette indisponibilité n’est qu’en faveur du

---

1065 *Cf. infra n° 87.*
1067 Civ. 6 mai 1885, D. 85.1.369.
1068 Cass. Req., 11 nov. 1828 : S. 1830. 1. 78 ; Civ. 27 juin 1933 : DP 1934. 1. 94, note SAVATIER R. ; S 1933, 1, 326; *RTD Civ.* 1934, p. 134, obs. LAGARDE.
réservataire. Dans cette espèce, deux époux avaient adopté la communauté universelle. Le père de l’épouse avait institué sa fille légataire universelle en stipulant que les biens seraient exclus de la communauté existant entre elle et son mari. L’époux a soutenu devant les juges du fond que conformément à la jurisprudence constante, « les biens composant la réserve sont indisponibles et ne peuvent faire l’objet d’aucune stipulation tendant à en fixer le sort, leur dévolution étant assurée par le seul effet de la loi. » La Cour de cassation rejette la prétention du mari et opère un revirement en déclarant que « les règles impératives protectrices des droits des héritiers ne peuvent être invoquées que par ces derniers ou (leurs) ayants cause lorsqu’il a été porté atteinte à la réserve. »

La disponibilité de la réserve s’illustre également dans la possibilité pour le de cujus de choisir les biens composant la part de réserve de son héritier dans un arrêt de la Chambre civile du 18 juillet 1983. En effet, les juges du fond avaient refusé d’appliquer la stipulation du legs fait par des parents à leur fils lui permettant de choisir par priorité les biens lui revenant pour le remplir de ses droits tant dans la réserve que dans la quotité disponible. Les magistrats avaient décidé que ce choix ne pourrait s’exercer que sur la quotité disponible puisque les disposants n’avaient aucun droit sur la réserve dont la composition restait soumise aux règles du partage ab intestat. La Cour de cassation a cassé cet arrêt, montrant ainsi que la réserve sert d’abord à protéger le réservataire et non à consacrer une indisponibilité générale des biens composant la réserve.

La Cour de cassation reconnait désormais également le droit de soustraire un bien donné ou légué à l’administration légale d’un de ses parents en refusant l’argument fondé sur l’indisponibilité de la réserve.

---


363
La réserve héréditaire tend désormais vers la légitime en faisant de la réserve un droit propre et privatif en faveur du réservataire et non une indisponibilité des biens lignagers. La réserve affecte une partie de la fortune du de cujus en faveur des héritiers réservataires créant ainsi un ordre public privé réservé aux réservataires\textsuperscript{1072}.

Cette logique transparaît également dans la renonciation anticipée à l’action en réduction et dans les possibilités de renoncer par anticipation à sa part de réserve.

On peut toutefois se demander si la conception pars bonorum prend le pas sur la réserve pars hereditatis, la loi consacrant désormais une créance contre la succession.

B – Le glissement vers un droit de créance personnel dans la succession

368. Plan - La réserve pars hereditatis est un droit réel dans la succession. Elle correspond à une part privative d’une partie des biens du de cujus et est donc réduite en nature. Pourtant, la généralisation de la réduction en valeur laisse à penser que la réserve est devenue une créance (1) et s’est transformée en un droit personnel (2).

1 – La réserve est-elle une créance ?

369. Plan - La réserve étant une part de la succession, pars hereditatis, elle doit être servie en biens de la succession. Pourtant, la réduction en nature a connu un déclin lent tout au long du XXème siècle (a) jusqu’à devenir l’exception depuis l’entrée en vigueur de la loi du 23 juin 2006 ce qui laisse à penser qu’elle est devenue une créance (b).

370. **Plan** - Les premières exceptions à la réduction en nature ont été introduites par le décret-loi du 17 juin 1938 puis par la loi du 3 juillet 1971. La réduction en nature était, à cette époque, déjà critiquée : la menace de la réduction en nature dissuadait le transfert de propriété et le crédit. Les législateurs ont ainsi souhaité privilégier la sécurité juridique et éviter le morcellement de certaines biens économiques. Pour ces raisons, le législateur a conservé le principe de la réduction en nature en élargissant notablement le champ d’application de la réduction en valeur lorsque la libéralité profitait à un successful et lorsque la libéralité était une donation ou un legs à un non-successible.

371. **La libéralité profitait à un successful** - Dans certains cas, lorsque la libéralité profitait à un successful, la réduction pouvait avoir lieu en valeur plutôt qu’en nature. La première exception à avoir été introduite dans le Code civil, par le décret-loi du 17 juin 1938, avait un fondement économique. Elle était réservée aux domaines ruraux et permettait au réservataire, donataire ou légataire gratifié au delà de la quotité disponible, de conserver le bien donné en procédant à une réduction en valeur, ceci afin d’éviter le morcellement des immeubles ruraux et des exploitations agricoles. Cette

---

exception a été étendue aux entreprises commerciales, industrielles ou artisanales par la loi du 19 décembre 1961.\textsuperscript{1075}

Un second cas de réduction en valeur a été introduit dans le Code civil lorsque la donation ou le legs portait sur des biens ayant été à l’usage commun du légataire et du défunt.\textsuperscript{1076}

Ensuite, la loi du 3 juillet 1971 a institué le libre choix de la réduction pour les donations profitant à un successful.\textsuperscript{1077} Ce dernier pouvait opter entre la réduction en valeur ou la réduction en nature. Toutefois, s’il choisissait la réduction en nature, il était alors redevable des dégradations et détériorations juridiques ou matérielles du bien. Il en était de même pour le légataire gratifié au-delà de la quotité disponible.\textsuperscript{1078}

Enfin, l’ancien article 867\textsuperscript{1079} prévoyait que dans le cas où le legs fait à un successful portait sur un ou plusieurs biens composant un ensemble et excédait la quotité disponible, la réduction en valeur pouvait être demandée par le légataire.

372. La libéralité était une donation au profit d’un non successful - Lorsque la libéralité était une donation au profit d’un non successful, le principe était celui de la réduction en nature. En effet, une personne

\textsuperscript{1075} Ancien article 924 du Code civil alinéa 1 (abrogé par la loi du 3 juillet 1971) : « Lorsque le don ou le legs d’un immeuble, d’immeubles formant un ensemble, d’une exploitation agricole ou d’une entreprise commerciale, industrielle ou artisanale, fait sans obligation de rapport en nature à un successful ou à plusieurs successfuls conjointement, excède la portion disponible, ceux-ci peuvent, quel que soit cet excédent, retenir en totalité l’objet de la libéralité, sauf à récompenser les cohéritiers en argent ou autrement. (…) »

\textsuperscript{1076} Ancien article 924 du Code civil alinéa 2 (abrogé par la loi du 3 juillet 1971) : « Il en est de même si la libéralité porte sur des objets mobiliers ayant été à l’usage commun du défunt et du bénéficiaire. »

\textsuperscript{1077} Ancien article 866 du Code civil : « Les dons faits à un successful, ou à des successfuls conjointement, qui excèdent la portion disponible, peuvent être retenus en totalité par les gratifiés, quel que soit l’excédent, sauf à récompenser les cohéritiers en argent. »

\textsuperscript{1078} Ancien article 924 alinéa 2 : « Il (l’héritier réservataire) peut réclamer la totalité des objets légués, lorsque la portion réductible n’excède pas sa part de réserve. »

366
étrangère à la famille n’avait pas à bénéficier de faveurs particulières lorsqu’elle recevait une donation empiétant sur la réserve héréditaire.

Néanmoins, deux tempéraments existaient : l’un en faveur de la sécurité juridique des tiers, l’autre en faveur des entreprises.

Tout d’abord, l’ancien article 930 permettait au tiers détenteur des immeubles faisant partie de donations et aliénés par le donataire de faire discussion préalablement des biens du donataire. En ouvrant au tiers le bénéfice de discussion, l’ancien article 930 admettait indirectement l’hypothèse de la réduction en valeur
d

Néanmoins, si le donateur et tous les réservataires nés et vivants au moment de l’aliénation consentaient à celle-ci, le tiers était protégé du risque de réduction
d

Ensuite, l’autre exception concernait les étrangers à la famille appelés à une donation-partage en application de la loi du 5 janvier 1988 relative à la transmission d’entreprise. Dans ce cas, la réduction en valeur était applicable.

373. **La libéralité est un legs au profit d’un non succisable** - Lorsque la libéralité était un legs au profit d’un non succisable, la réduction en nature restait le principe. En effet, le légataire n’était pas encore entré en possession du bien. Il était donc moins lésé qu’un donataire.

Il existait, par exception, des hypothèses de réduction en valeur. Ainsi, selon l’ancien article 1870 du Code civil, un associé d’une société civile pouvait désigner par testament les personnes avec lesquelles la société continuerait. Dans ce cas, les héritiers ou légataires de l’associé qui ne devenaient pas associés n’avaient droit qu’à

---

1079 Ancien article 867 du Code civil : « Lorsque le legs fait à un succisable, ou à des successibles conjointement, porte sur un bien ou sur plusieurs biens composant un ensemble, dont la valeur excède la portion disponible, le ou les légataires peuvent, quel que soit cet excédent, réclamer en totalité l’objet de la libéralité, sauf à récompenser les cohéritiers en argent. Il en est de même si la libéralité porte sur des objets mobiliers ayant été à l’usage commun du défunt et du légataire. »
1081 Ancien article 930 alinéa 2 cité note 364.
la valeur des parts sociales\textsuperscript{1082}. Il en était de même pour les associés d’une société en nom collectif\textsuperscript{1083}.

La seconde hypothèse concernait le legs à l’Etat d’un bien portant un intérêt pour le patrimoine historique, artistique ou culturel de la nation. En présence d’un tel legs, l’Etat pouvait réclamer en totalité le bien légué sauf à récompenser les héritiers en argent\textsuperscript{1084}.

Ainsi, la réduction en valeur était privilégiée entre successibles tandis que la réduction en nature restait le principe pour les libéralités au profit des tiers. La loi du 23 juin 2006 va étendre le principe de la réduction en valeur en ne faisant de la réduction en nature qu’une exception.

374. **Le nouveau principe de la réduction en valeur** – Poursuivant la réforme initiée par les lois de 1938 et 1971, la loi du 23 juin 2006 fait de la réduction en valeur le nouveau principe dans l’article 924 du Code civil. Ainsi, que la libéralité soit faite à un susceptible ou à un non susceptible, le principe est désormais que l’héritier réserve a droit à une somme d’argent et non plus à une part des biens successoraux en cas de réduction.

Toutefois, la loi du 23 juin 2006 prévoie deux exceptions à la réduction en valeur. Tout d’abord, l’article 924-1 donne la possibilité au gratifié d’opter pour la réduction en nature. Néanmoins, cette possibilité est entourée de conditions strictes. Le bien doit encore lui appartenir, être libre de toute charge dont il n’aurait pas été grevé lors de la libéralité, et de toute occupation autre qu’une occupation dont il aurait fait l’objet lors de la libéralité. La volonté d’opter pour la réduction en nature doit être exprimée dans les trois mois à compter de la date à laquelle un héritier réservataire a mis le gratifié en demeure de prendre parti.

\textsuperscript{1082} JUBAULT C., op. cit., p. 411, § 583.
\textsuperscript{1083} Article L. 221-15 du Code de commerce.
\textsuperscript{1084} Loi n° 85-571 du 23 juillet 1987.
Ensuite, en cas d’insolvabilité du débiteur de l’indemnité en réduction et après discussion de ses biens, la réduction en nature peut être exercée contre le tiers détenteur du bien. Néanmoins, cette action ne peut plus être exercée lorsque le donateur ou les héritiers réservataires présomptifs avaient au jour de la donation ou postérieurement consenti à l’aliénation des biens donnés.\(^{1085}\)

La réduction en valeur est désormais le principe. Consacre-t-elle un changement de nature de la réserve ?

\(b\) – La réserve est-elle devenue une créance ?

375. La réserve est une créance... - Désormais le *de cujus* peut, s’il le souhaite, léguer la totalité de son patrimoine à un tiers ; celui-ci n’aura qu’à dédommager les réservataires en argent. Ainsi, la réserve ne donne plus droit aux biens de la succession mais seulement à une indemnité, un droit de créance. La réserve ne servirait plus qu’à participer à l’enrichissement de son bénéficiaire, se rapprochant ainsi d’une *pars honorum*. Ainsi, certains auteurs affirment que la réserve n’est plus une part des biens de la succession mais une créance puisqu’elle peut n’être fournie qu’en deniers par le gratifié, le réservataire n’ayant plus droit qu’à une valeur monétaire.\(^{1086}\) Cette créance

\(^{1085}\) Article 924-4 du Code civil : « Après discussion préalable des biens du débiteur de l’indemnité en réduction et en cas d’insolvabilité de ce dernier, les héritiers réservataires peuvent exercer l’action en réduction ou revendication contre les tiers détenteurs des immeubles faisant partie des libéralités et aliénés par le gratifié. L’action est exercée de la même manière que contre les gratifiés eux-mêmes et suivant l’ordre des dates des aliénations, en commençant par la plus récente. Elle peut être exercée contre les tiers détenteurs de meubles lorsque l’article 2276 ne peut être invoqué. Lorsque, au jour de la donation ou postérieurement, le donateur et tous les héritiers réservataires présomptifs ont consenti à l’aliénation du bien donné, aucun héritier réservataire, même né après que le consentement de tous les héritiers intéressés a été recueilli, ne peut exercer l’action contre les tiers détenteurs. S’agissant des biens légués, cette action ne peut plus être exercée lorsque les héritiers réservataires ont consenti à l’aliénation. »

consacreraient une vocation dévolutive aux libertés et non plus répartitrice en permettant au défunt d'instituer un héritier tout en ne laissant qu'une créance, par la réduction en valeur, au réservataire.

Le glissement vers une créance s'observe dans la suppression de la possibilité d'obtenir sa réserve par voie d'exception. En effet, avant la loi de 2006, le réservataire pouvait opposer une exception au légataire demandant la délivrance de son legs excédant la quantité disponible tant que le légataire n'avait pas pris possession du bien légué. Désormais, il n'est plus possible d'opposer sa réserve par voie d'exception au légataire universel puisque l'atteinte à la réserve n'ouvre plus droit qu'à une indemnité en valeur que les réservataires ne pourront obtenir que par voie d'action. Il a été soutenu par un auteur qu'il serait concevable d'opposer, à titre de défense au fond, une exception de réduction en cas d'atteinte avérée à la réserve. Toutefois, cette opinion ne paraît pas devoir être retenue. En effet, même si la réserve ressemble désormais à une créance, il s'agit d'une créance tout à fait particulière car dans la succession et non contre elle.

376. Mais une créance dans la succession et non contre elle - La généralisation de la réserve en valeur semble entraîner un changement de nature de la réserve qui se rapproche d'un simple droit de créance. Toutefois, cette créance est dans la succession, pars hereditatis.

1087 DONNIER, op.cit., § 49
1091 JUBAULT C., op. cit., p. 385, n° 530.
1092 GRIMALDI M., op. cit., p. 385, § 720.
Le premier argument que l’on peut avancer en ce sens est qu’il est toujours nécessaire d’être héritier pour obtenir sa réserve et que le réservataire reste ainsi tenu aux dettes successoriales.

Le second argument est que le droit successoral, *a fortiori* la réserve, utilise la technique de la dette de valeur. Il suffit pour s’en persuader de regarder les modes d’évaluation des indemnités de rapport et de réduction. Celles-ci sont toujours calculées en fonction de la valeur et de l’état d’un bien de la succession car elles doivent conduire à un résultat équivalent à une restitution en nature. En outre, lorsque la réduction est partielle, deux modes de calcul avaient été envisagés par les auteurs : soit la réduction arithmétique qui ne prenait en compte que le dépassement de la quotité disponible évalué au décès ou la réduction proportionnelle qui évaluait le dépassement à l’époque du partage ; le premier était fondé sur le nominalisme monétaire alors que le second prenait en compte la valeur des biens successoraux au partage et maintenant un lien étroit entre réduction en nature et réduction en valeur.

La Cour de cassation a consacré la réduction arithmétique ce qui rapproche la réduction des dettes de valeur du droit des biens. Certes, il existe des dettes de valeur de droit naturel comme les obligations alimentaires mais alors si la réserve était une créance contre la succession, il faudrait poser un nouveau principe de revalorisation déconnecté des biens de la succession.

En outre, même si la réserve en valeur est devenue la règle, il reste encore des traces de la réduction en nature montrant que sa logique imprègne encore notre droit successoral. Ainsi, la possibilité d’abandon par les héritiers réservataires de la propriété de la quotité disponible en présence d’une libéralité en usufruit à une autre

1093 A l’exception de certaines situations comme dans le cas du rapport du renonçant mais il s’agit d’une réserve fictive prise en compte uniquement pour les besoins de la liquidation.

personne que le conjoint laisse penser qu’il s’agit d’un abandon en nature plutôt que d’un dédommagement pécuniaire\(^{1097}\).

Dans le même esprit, lorsqu’une charge grève la réserve du gratifié, le cantonnement permet de libérer le bien de la réserve de la charge qui le grève. Or, on aurait pu, dans la logique de la valorisation de la réserve, envisager l’indemnisation du réservataire et le maintien de la charge. L’article 1054 alinéa 3 relatif aux libéralités graduelles prévoit bien une libération de la charge portant sur la réserve\(^{1098}\). Il en est de même lorsque l’usufruit ou le droit d’usage et d’habitation du conjoint grève la réserve : en ce cas, il n’est pas prévu l’indemnisation de la valeur de la nue-proprité ou de la propriété diminuée du droit d’usage et d’habitation. En revanche, le droit grève le bien du réservataire jusqu’au décès du conjoint.

Enfin, même si la réduction en valeur est la règle, on ne peut dire que la réserve n’est servie qu’en valeur. En effet, même s’il est désormais possible d’évincer un héritier réservataire de la totalité du patrimoine de son parent, lorsque les legs n’est qu’à titre universel ou particulier, il se peut qu’il reste assez de biens dans le patrimoine du *de cujus* pour fournir sa réserve en nature au réservataire. Il en est de même lorsque le réservataire a été gratifié d’une donation suffisamment importante au regard de la masse de calcul de la réserve et de la quotité disponible, pour le remplir de sa réserve\(^{1099}\). Ainsi, on peut dire que la réserve reste une part des biens et droits successoraux dans la majorité des cas sauf lorsque le *de cujus* a choisi sciemment d’exclure son héritier réservataire de ses biens\(^{1100}\).

Ainsi, il semble que le législateur n’ait fait que suivre l’évolution générale du droit successoral *ab intestat* dans laquelle la notion d’équivalence prédomine, notamment

\(^{1097}\) *ibidem*, p. 265. Conformément à l’article 917 du Code civil lequel dispose « Si la disposition par acte entre vifs ou par testament est d’un usufruit ou d’une rente viagère dont la valeur excède la quotité disponible, les héritiers au profit desquels la loi fait une réserve, auront l’option, ou d’exécuter cette disposition, ou de faire l’abandon de la propriété de la quotité disponible. »

\(^{1098}\) *ibidem*, p. 265.


\(^{1100}\) On ne peut en outre oublier que le *de cujus* est libre de disposer de son patrimoine à titre onéreux avant son décès et qu’il peut de cette manière évincer son héritier réservataire des biens lui appartenant.
dans la faveur faite au partage égal en valeur\textsuperscript{1101}. Cette évolution rejoint le mouvement de dématérialisation du patrimoine dans lequel la valeur est préférée aux biens eux-mêmes\textsuperscript{1102}.

La réserve reste une créance tout à fait particulière car elle est connectée aux biens de la succession. On ne peut la comparer à la légitime romaine ni même aux réserves d’inspiration romaniste comme la réserve de droit allemand dans laquelle le réservataire ne doit pas être lésé économiquement\textsuperscript{1103}.

Pour s’en persuader, il suffit d’imaginer les conséquences d’une véritable réserve-créance contre la succession.

\textbf{377. Si la réserve devenait une créance contre la succession} - Si la réserve prenait réellement la nature de créance, le droit des obligations gouvernerait le droit successoral. Il ne faudrait plus permettre la réduction en nature, ni le droit de suite du réservataire. Le cantonnement ne donnerait plus lieu à libération mais uniquement à dédommagement ce qui impliquerait d’élaborer un mode d’évaluation des charges\textsuperscript{1104}. Le règlement en moins- prenant n’aurait plus de raison d’exister et le règlement en numéraire deviendrait la règle. Enfin, le réservataire n’aurait plus à accepter la succession pour recevoir sa créance et ne serait plus tenu aux dettes.

Ainsi, admettre une réserve-créance contre la succession reviendrait à balayer notre héritage et nécessiterait une refonte du droit des successions ce qui n’est pas

\begin{footnotesize}
\begin{enumerate}
\item[1101] PERNEY D., \textit{op. cit.}, p. 329, § 351.
\item[1104] Art. 2303 BGB : « Si un descendant du de cujus est exclu de la succession par disposition pour cause de mort, il peut alors exiger de l’héritier sa part de réserve. La part de réserve consiste en la moitié de la valeur de la part légale d’héritier. Le même droit appartient aux père et mère et à l’époux du de cujus, lorsqu’ils sont exclus de la succession par disposition pour cause de mort. »
\end{enumerate}
\end{footnotesize}
souhaitable. Notre droit des successions continue de privilégier une succession à la personne.

La réduction en valeur entre successibles comporte de nombreux avantages en pacifiant les règlements familiaux et en permettant d’éviter les indivisions. Lorsque un tiers a été gratifié, elle offre l’avantage de la sécurité juridique à celui-ci et aux tiers ayant acquis des droits réels sur le bien donné. Ils n’ont plus à craindre une éventuelle réduction en nature qui anéantirait leurs droits. Toutefois, la réserve doit rester « une part des biens et droits successoraux » et garder ainsi « l’être » et pas seulement « l’avoir » même si la majorité des transmissions concerne des biens sans valeur sentimentale.

Ainsi, pour prendre en compte la valeur sentimentale de certains biens de famille, on pourrait imaginer de distinguer selon la nature familiale ou non du bien en permettant à un réservataire d’imposer la réduction en nature lorsque le bien a été donné ou légué à un tiers.

La transformation de la réserve en créance aurait également pour conséquence de faire perdre sa réalité à la réserve.

C – La réserve, droit réel ou personnel ?

378. **Plan** - Dans la réserve coutumière, l’action en réduction a une nature réelle. En effet, il s’agit de protéger la famille en rendant indisponible une partie des biens du *de cujus*. En cas de réduction, les héritiers réservataires agissent en qualité de propriétaires des biens et bénéficient ainsi des droits de suite et de préférence. Toutefois, la généralisation de la réduction en valeur rend plus difficile la qualification de l’action en réduction en une action réelle.

---

379. **Action réelle et action personnelle** – Il s’agit tout d’abord de distinguer entre l’action réelle et l’action personnelle. L’action réelle est un rapport entre une personne et une propriété. Le droit réel donne au titulaire un pouvoir immédiat sur la chose en lui permettant de l’utiliser selon sa destination. Puisqu’il porte sur une chose, son sujet passif est interchangeable. Le titulaire d’un droit réel peut revendiquer la chose sur laquelle porte son droit à l’égard de toute personne qui se trouve en possession de cette chose.

A l’inverse, le droit personnel est un rapport entre deux personnes par lequel le débiteur s’engage à exécuter une prestation. Cette prestation peut être, par exemple, de donner une somme d’argent. Ce lien d’obligation entre le débiteur et le créancier est complexe car il contient deux rapports : un rapport de devoir par le débiteur et un rapport de contrainte sur son patrimoine. Son sujet passif est toujours déterminé ce qui entraîne comme conséquence d’être un droit relatif car l’obligation ne pèsera pas sur d’autres personnes, à l’exception des héritiers acceptants du débiteur.

Le droit réel et le droit personnel se différencient de plusieurs manières.

Le droit réel est assorti d’un droit de suite permettant à son titulaire de suivre la chose sur laquelle repose son droit entre les mains des tiers. Le créancier réel dispose également d’un droit de préférence en cas de vente du bien et est ainsi préféré aux créanciers personnels. Le droit personnel, quant à lui, ne peut être exécuté que sur le patrimoine du débiteur.

Enfin, le droit réel est susceptible d’abandon volontaire, le déguerpissement, alors que le droit personnel nécessite un acte conventionnel de remise de dette entre le débiteur et le créancier.

---

380. **L’action en réduction porte sur une créance** - Originalement, l’action en réduction en nature était une action réelle. Toutefois, la généralisation de la réduction en valeur porte atteinte à cette conception puisque la réduction n’opère plus restitution des biens, ou de la fraction constituant la réserve dont le *de cujus* a disposé mais porte sur leur valeur monétaire. Ainsi, le réservataire semble n’avoir plus qu’un droit de créance.

381. Toutefois, ce droit de créance est un droit particulier car il est assis sur les biens de la succession ; il n’est pas soumis à la dépréciation de la monnaie car il est évalué en fonction de la valeur des biens successoraux au partage conformément à la réduction arithmétique consacrée par la Cour de cassation \(^{1109}\). Ainsi, l’indemnité de réduction en valeur ne donne pas prise à la dépréciation monétaire.

Deux exceptions à la réduction arithmétique existent toutefois. Lorsque le bien donné a été aliéné avant le décès du *de cujus*, on doit alors tenir compte de la valeur vénale du bien au moment de l’aliénation. Dans ce cas, la dette de valeur se transforme en une dette ordinaire de somme d’argent \(^{1110}\). En revanche, si le bien est subrogé, l’indemnité de réduction sera assise sur la valeur du nouveau bien au partage d’après son état au jour de son acquisition \(^{1111}\).

La seconde exception concerne les biens qui se déprécient inéluctablement, tels que les biens de consommation. En ce cas, il n’est pas tenu compte de la subrogation, cela afin d’éviter la dépréciation de l’indemnité de réduction.

382. **La renonciation à l’action en réduction** – Postérieurement à l’ouverture de la succession, l’indemnité de réduction peut donner lieu à abandon par le créancier réservataire et cette renonciation ne nécessite pas,

\(^{1109}\) *Cf. infra* n° 376.
\(^{1110}\) MALAURIE P. et BRENNER C., *op. cit.* , p. 400, § 743.
\(^{1111}\) Article 922 du Code civil.
en ce cas, de forme particulière puisqu’elle peut être expresse mais également tacite\textsuperscript{1112}.

Le réservataire peut, en effet, renoncer à demander son indemnité de réduction ; nul besoin en ce cas de l’accord du débiteur ce qui rapproche l’action en réduction d’une action réelle.

383. **Droit de suite et de préférence** – L’une des différences importante entre droit réel et droit personnel est constituée par le droit de suite et le droit de préférence. Le droit personnel n’en bénéficie pas tandis que le titulaire du droit réel peut suivre le bien en toutes mains dans lesquelles il se trouve et est préféré aux titulaires d’un simple droit personnel. Or, même en cas de réduction en valeur, si le bien donné existe encore dans le patrimoine du gratifié, celui-ci peut demander à ce que la réduction ait lieu en nature à condition qu’il soit libre de toute charge et occupation autres que celles qui existaient au jour de la donation\textsuperscript{1113}. Dans ce cas, la réduction en nature opèrera résolution rétroactive\textsuperscript{1114} ce qui aura pour effet de soustraire le bien ou la quote-part indivise opérant réduction, des poursuites des créanciers personnels du gratifié. En revanche, si le bien est grevé d’une charge ou d’une occupation, la réduction en nature ne peut avoir lieu et la créance du réservataire ne bénéficiera d’aucun droit de préférence.

Si le bien est saisi et vendu et si le réservataire n’est pas désintéressé ou si le bien n’existe plus dans le patrimoine du gratifié et que celui-ci est insolvable, alors, le législateur de 1804 a réservé aux réservataires une action réelle contre les tiers détenteurs d’immeuble : il s’agit d’une action en revendication lorsque la réduction est entière et d’une action en réduction lorsque la réduction est partielle. L’article 924-4 prévoit qu’en cas d’insolvabilité du réservataire et après discussion préalable de ses biens, les héritiers réservataires peuvent exercer l’action en réduction contre les tiers détenteurs des immeubles faisant partie des libéralités et aliénés par le gratifié. Ainsi, les réservataires bénéficient de plusieurs droits légaux garantissant

\textsuperscript{1112} Cass. 1° Civ., 27 janv. 1993 : Dr. et patrimoine juin 1993, p. 25.

\textsuperscript{1113} Article 924-1 du Code civil
leur créance de réduction : le bénéfice de discussion, le droit de suite et le droit de préférence. Le tiers détenteur peut choisir la réduction en nature en étant évincé du bien par la résolution rétroactive totale ou partielle selon la réduction ou choisir de payer l’indemnité de réduction aux réservataires, les réservataires ne peuvent refuser son offre. Ce choix opéré par le tiers détenteur donne tout de même préférence au réservataire puisque si le tiers détenteur ne peut payer l’indemnité de réduction, la réduction en nature sera effectuée.

384. **L’exclusion de l’action contre les tiers détenteurs** - La loi du 3 juillet 1971 a introduit l’exclusion de l’action contre le tiers détenteur en cas de consentement du donateur et des héritiers réservataires présomptifs lors de l’aliénation du bien donné. La loi du 23 juin 2006 a étendu cette exclusion, en permettant que ce consentement soit donné au moment de la donation, modification que le notariat appelait de ses vœux. Les héritiers réservataires présomptifs peuvent donc renoncer à leur droit de suite, cette renonciation étant étendue aux héritiers réservataires conçus ou non présomptifs au moment de la donation les privant ainsi de leur action réelle contre le tiers détenteur et, par conséquent de leur réserve en cas d’insolvabilité du gratifié.

Ainsi, la réduction est un droit de créance mais qui ne donne pas prise à la dépréciation monétaire, auquel on peut renoncer sans formalités particulières et qui, si la situation du gratifié est obérée, finit par donner lieu à droit de suite et de préférence. Dans ces conditions, on peut affirmer que l’action en réduction conserve les prérogatives d’une action réelle. Étant une créance particulière, dans la succession, l’action en réduction semble avoir une nature originale et se rapprocher d’une action réelle pouvant porter sur une créance ou sur un bien en nature dans le cas de l’article 924-4 du Code civil. La transformation du patrimoine, ces dernières décennies, a entraîné une évolution du droit de propriété lequel porte désormais sur

---

des biens incorporels mais également sur des créances\textsuperscript{1117}. Or la réserve peut être conçue comme « une somme représentative des biens et droits qui composent la masse théorique de la réserve\textsuperscript{1118} » et l’action en réduction en valeur, comme un droit réel portant sur une créance ou sur un bien.

Toutefois, alors que la nature de la réserve se rapproche de son fondement alimentaire, ce fondement n’est pas toujours respecté puisque la créance des descendants est différée en présence d’un conjoint survivant.

§ II – Des aliments différés : la confrontation des droits légaux ou conventionnels du conjoint survivant et de la réserve des descendants

385. Plan - Depuis la loi de 1971, le conjoint a vu ses droits légaux et conventionnels augmenter peu à peu. L’intention est louable : le conjoint survivant était le parent pauvre du droit des successions puisqu’il ne bénéficiait que d’un quart en usufruit en présence d’enfant. Toutefois, cette promotion s’est faite sans concertation et étude du droit des successions dans son ensemble. Or, lorsque l’on augmente les droits \textit{ab intestat} d’un héritier, on diminue forcément ceux d’un autre ; en l’occurrence, cette promotion s’est opérée au détriment de la réserve des descendants. En effet, les parlementaires n’ont pris en compte que la famille classique, soit celle composée d’un couple marié, dont l’un des membres décède à un âge avancé, et d’enfants communs. Mais cette réalité tend à diminuer au profit de familles recomposées avec des enfants issus de différents lits. La dernière étude « Famille et Logement » de l’INSEE\textsuperscript{1119} montre que 3 enfants sur 10


\textsuperscript{1118} JUBAULT C., \textit{op. cit.}, p. 355, n° 483.

\textsuperscript{1119} http://www.insee.fr/fr/themes/document.asp?ref_id=ip1470
vivent dans une famille monoparentale ou recomposée. C’est la raison pour laquelle la réserve n’atteint pas son but alimentaire dans le cas du concours entre descendants réservataires et conjoint survivant puisque les droits en usufruit ab intestat ou conventionnels, recueillis par le conjoint diffèrent les aliments destinés aux descendants sans différer le passif attaché à la réserve (A). L’étude des protections offertes par le Code civil aux descendants réservataires révèle que celles-ci sont inefficaces (B).

A – Les inconvénients attachés à l’usufruit sur la réserve : le décalage entre la fourniture de l’actif de la réserve et le règlement du passif

386. Plan - L’usufruit portant sur la réserve des descendants n’est pas dénué d’inconvénients puisque la réserve des descendants n’est alors servie qu’en nue-propropriété, la reconstitution de la pleine propriété étant ainsi différée au décès du conjoint survivant (1) alors que l’obligation et la contribution au passif successoral qui pèsent sur les descendants ne sont pas différées (2).

1 – Une réserve amputée de l’usufruit jusqu’au décès du conjoint

387. Une réserve servie en nue-propropriété - La quotité disponible spéciale entre époux et l’usufruit universel ab intestat du conjoint sont une exception à l’article 912 du Code civil qui impose que la réserve soit transmise en pleine propriété et libre de charge. Si le conjoint survivant gratifié opte pour l’usufruit de la totalité de la succession ou le quart en

---

pleine propriété et les trois quarts en usufruit comme l’article 1094-1 du Code civil le lui permet, la réserve ne sera servie qu’en nue-propreité. De même, si au titre de ses droits légaux, le conjoint survivant en présence de descendants communs, opte pour l’usufruit universel comme le lui permet l’article 757 du Code civil, la réserve sera servie en nue-propreité seulement. En effet, le législateur s’est fondé sur la situation la plus courante dans laquelle les héritiers sont des adultes actifs dans la fleur de l’âge tandis que le conjoint survivant est une femme âgée avec comme seules ressources sa pension de retraite. L’usufruit lui permet de subsister en conservant son cadre de vie et/ou des ressources liées aux fruits des biens successoraux. L’usufruit peut également être plus avantageux pour les enfants ou descendants puisqu’ils sont assurés de recueillir la totalité de la succession du de cujus au décès du conjoint survivant usufruitier. Ainsi, lorsqu’elle n’est servie qu’en nue-propreité au décès du de cujus, la délivrance d’une réserve en pleine propriété est seulement différée au décès du conjoint.

Toutefois, cette situation, même si elle est fréquente en pratique n’est pas universelle. Il est possible que le conjoint survivant gratifié d’un usufruit soit le second époux et soit à peine plus âgé que les enfants.

388. Une réserve en contradiction avec le fondement alimentaire de la réserve - Or, priver les descendants de l’usufruit de la réserve contredit le fondement alimentaire de la réserve des descendants puisque ceux-ci ne peuvent pas bénéficier de leur subsistance au décès de leur auteur. Le conjoint peut être une personne bénéficiant de ressources ou propriétaire de nombreux biens. Les enfants ou descendants, quant à eux, pourraient avoir besoin de cette subsistance, pas seulement pour consommer ou construire leur vie, mais tout simplement pour faire face aux dépenses et charges de la succession. Ils sont tenus de payer les droits de succession dans les six mois
du décès sur la valeur de la nue-propriété qu’ils recueillent\textsuperscript{1122}. Durant l’usufruit, ils seront également astreints aux grosses réparations en tant que nus-propriétaires alors qu’ils ne tirent aucune ressource des biens successoraux. Certes, il est impossible de les contraindre à ces grosses réparations en cours d’usufruit\textsuperscript{1123} mais à défaut, les biens se déprécient.

Les descendants pourraient ainsi être tentés de s’endetter pour payer ces grosses réparations. Ainsi, ils devront payer pour recueillir ou conserver des biens dont ils ne tireront aucune ressource.

En outre, le conjoint survivant peut être négligent et laisser les biens, objets de l’usufruit, se dégrader et leur valeur diminuer.

389. **Le quasi-usufruit et la réserve** – Lorsque l’usufruit porte sur des biens consomptibles, s’ouvre un quasi-usufruit. Or le quasi-usufruitier devenant propriétaire des biens consomptibles, ce quasi-usufruit ne peut porter sur la réserve des enfants. En effet, dans ce cas, l’article 1094-3 impose de procéder au partage des deniers ou de faire emploi des sommes portant sur la réserve afin d’en assurer la restitution, ce qui transforme le quasi-usufruit en

\textsuperscript{1122} Un report de paiement est toutefois possible conformément aux articles 397 et 404 de l’annexe 3 du Code général des impôts lesquels disposent : « Le crédit de paiement différé prévu par l’article 1717 du code général des impôts est applicable aux droits d’enregistrement exigibles en raison des mutations par décès qui comportent dévolution de biens en nue-propriété. » et « le paiement différé prévu à l’article 397 est limité à la fraction des droits correspondant : soit à la valeur imposable de la nue-propriété s’il s’agit du cas prévu au 1° de cet article ; (…). Les dispositions du premier alinéa de l’article 404 A sont applicables par dérogation à l’article 401, le bénéficiaire du paiement différé peut, dans le cas prévu au 1° de l’article 397 être dispensé du paiement des intérêts à la condition que les droits de mutation par décès soient assis sur la valeur imposable au jour de l’ouverture de la succession de la propriété entière des biens qu’il a recueillis. Le paiement des droits peut être différé jusqu’à l’expiration d’un délai qui ne peut excéder six mois comptés : soit de la date de la réunion de l’usufruit à la nue-propriété ou de la cession totale ou partielle de cette dernière ; soit du terme du délai imparti à l’attributaire, le légataire ou le donataire pour le paiement des sommes dont il est débiteur envers ses cohéritiers. La cession totale ou partielle par le légataire le donataire ou l’attributaire du bien qui lui a été légué donné ou attribué entraîne l’exigibilité immédiate des droits en suspens. »

usufruit. Même si l’article 1094-3 se trouve dans la section « des dispositions entre époux, soit par contrat de mariage, soit pendant le mariage », la doctrine majoritaire l’applique également à l usufruit légal puisque cette disposition a été introduite par la loi du 13 juillet 1963, laquelle a augmenté la quotité disponible entre époux, afin de protéger les héritiers réservataires.

Outre l’inconvénient de ne recueillir qu’une réserve en nue-propriété, les descendants sont également obligés et tenus au passif de la succession.

2 - L’obligation et la contribution au passif successoral de l usufruitier

390. Obligation à la dette successorale - L’article 612 du Code civil dispose que l usufruitier universel ou à titre universel doit supporter personnellement les dettes qui sont une charge des fruits telles que les intérêts ou les rentes viagères, à proportion de sa part dans l usufruit total, tandis que l héritier en capital est tenu de toute la dette. L usufruitier universel est un successeur à titre universel. Ainsi il est tenu ultra vires mais uniquement des intérêts du passif.

De plus, une jurisprudence constante précise que l usufruitier n’est pas tenu de payer personnellement une dette en capital dépendant de la succession. Le conjoint survivant, héritier du quart en usufruit sous l’empire du droit antérieur à la loi du 3


1126 GRIMALDI M., « L emploi des deniers grevés d usufruit », Defrénos 1999, 36939

décembre 2001 était tenu, à proportion de sa vocation, des seuls intérêts de la dette successorale qui sont une charge des fruits, à l’exclusion du capital1128. Ainsi le nu-propriétaire ne peut bénéficier de la division des dettes et peut être poursuivi pour la totalité de la dette alors qu’il ne bénéficie pas des fruits des biens successoraux, tandis que l’usufruitier bénéficie de la division des dettes et ne peut être poursuivi que pour les intérêts de celle-ci1129.

391. Contribution à la dette successorale - Quant à la contribution à la dette, le nu-propriétaire supporte le passif en capital et l’usufruitier est tenu aux intérêts ou arrérages conformément à l’article 612 du Code civil.

Le descendant réservataire est dans une situation délicate lorsque sa réserve est grevée d’usufruit et lorsque la succession comporte des dettes. En effet, le nu-propriétaire sera tenu de rembourser le capital de la dette alors qu’il ne touche pas les fruits de sa réserve. Puisque le nu-propriétaire est tenu ultra vires, il n’aura comme solution que de payer les dettes de la succession sur ses propres biens ou en vendant sa nue-propriété.

En outre, si le conjoint a un quasi-usufruit portant sur la quotité disponible, l’héritier réservataire sera tenu des dettes alors qu’il n’est plus propriétaire des biens, objets du quasi-usufruit. On pourrait penser que le quasi-usufruitier est un successeur en propriété ce qui l’obligerait à contribuer aux dettes en capital ; cette solution serait bien plus équitable1130. Toutefois, l’usufruit successoral ne porte pas sur des biens


1129 Cass. Civ. 23 avril 1888 : S. 1889, I, 25, note LACONTA réaffirmé par Cass. Civ., 11 février 1981 ; JCP 1981, II, 19693, note RÉMY ; RTD Civ. 81, 884, obs. PATARIN J. : « Vu les articles 612 et 724 du Code civil. Attendant que de la combinaison de ces articles, il résulte que si l’usufruitier universel ou à titre universel est tenu de contribuer aux dettes dans les proportions et de la manière indiquées par ces textes et si le créancier a le droit de le poursuivre directement dans ces limites, ce créancier n’en conserve pas moins celui de poursuivre directement l’héritier comme il aurait pu poursuivre le défunt dont il est continuateur. »

1130 SIRINELLI P., « Le quasi-usufruit », LPA 1993, n° 87, p. 31 et n° 89, p. 4
particuliers mais sur une universalité qui n’est pas consomptible ; ainsi on ne peut juridiquement étendre les règles du droit de poursuite des créanciers. Cette solution est d’autant plus grave pour le nu-propriétaire qu’il est possible que par la gestion malhable du quasi-usufruitier, la restitution en nature ou en valeur ne puisse plus avoir lieu lors du décès du quasi-usufruitier.

392. Transition - Ainsi, l’usufruit conventionnel ou légal du conjoint, en grevant la réserve, peut obérer gravement la situation des héritiers réservataires. En effet, en tant que créanciers d’aliments, les descendants sont moins bien traités que le conjoint survivant.

Il ne paraît pas souhaitable de supprimer l’octroi de droit en usufruit au profit du conjoint car il a, autant que les descendants, droit à une subsistance. En outre, la situation la plus courante est, tout de même, celle d’un conjoint âgé dont l’usufruit grève la propriété de ses propres descendants. Toutefois, afin d’équilibrer les droits alimentaires des descendants dont la réserve est grevée de l’usufruit d’un beau-parent ou d’un parent avec lequel ils n’ont pas ou plus de lien, il apparaît nécessaire de ranimer et d’unifier les outils de protection de la nue-propriété.

C – Pour une juste protection légale des réservataires contre l’usufruit du conjoint

393. Plan - L’usufruit porte atteinte à la réserve héréditaire puisque l’enfant ou le descendant ne peut pas jouir des biens faisant l’objet de sa réserve. Il est par conséquent nécessaire d’unifier les mécanismes protégeant sa nue-propriété (1) et de permettre la conversion de l’usufruit (2).

---

1132 NAUDIN E., op. cit., p. 211, n° 460.
1 – Les garanties de l’usufruit

Il existe des garanties pour le nu-propriétaire : l’inventaire des meubles, l’état des immeubles et la caution.

394. **L’inventaire des meubles et l’état des immeubles** - L’usufruitier est tenu, avant son entrée en jouissance, de faire dresser en présence du nu-propriétaire un inventaire des meubles et un état des immeubles conformément à l’article 600 du Code civil. L’inventaire et l’état permettent de connaître la consistance des biens soumis à usufruit ainsi que leur état. On peut toutefois se passer de cet inventaire lorsque la qualité et la nature des biens sont précisées dans un inventaire de succession ou un acte de partage. En revanche, on ne peut se passer d’un état des biens immeubles. En effet, l’usufruitier doit conserver la substance du bien grevé d’usufruit tel qu’il lui a été transmis.

Lorsque l’usufruit provient d’une donation entre époux, les enfants et descendants peuvent exiger du conjoint survivant usufruitier qu’il fasse dresser inventaire des meubles, état des immeubles et qu’il fasse emploi des sommes conformément à l’article 1094-3 du Code civil. Mais dans les autres cas, lorsque l’usufruit provient de la loi ou d’un legs, le *de cujus* peut en dispenser le conjoint survivant. Toutefois, le *de cujus* ne peut ôter au nu-propriétaire le droit de procéder à l’inventaire des meubles et à l’état des immeubles à ses frais. Ainsi la dispense n’a pour intérêt que de mettre à la charge du nu-propriétaire les frais d’état et d’inventaire. En

---

1135 Cela sera le cas lorsque le conjoint survivant aura opté pour l’usufruit universel en vertu de l’article 757-3.
1136 CA Agen, 22 juin 1853 : S. 1853, 2, p. 569 ; DP 1854, 2, p. 108.
présence d'héritier réservataire, si les frais ne peuvent être prélevés sur la quotité disponible, la dispense devient sans valeur\textsuperscript{1137}.

395. **La caution** - L’article 601 dispose que l’usufruitier doit donner caution à condition de ne pas en être dispensé par l’acte. S’il ne peut trouver de caution, l’usufruitier peut offrir une garantie équivalente\textsuperscript{1138} telle une hypothèque, un gage, un nantissement de parts sociales ou encore une caution bancaire. Cette caution permet de garantir le nu-pro priétaire contre les abus de jouissance de l’usufruitier, la détérioration ou la non restitution des biens soumis à usufruit.

S’il ne peut trouver caution, le nu propriétaire peut exiger que les sommes soient placées, les intérêts devant revenir à l’usufruitier. Les immeubles, quant à eux, doivent être donnés à ferme ou mis sous séquestre\textsuperscript{1139}. Il paraîtrait opportun d’adapter ce texte à notre époque et de considérer qu’il faille admettre tous les baux et pas uniquement les baux à ferme et d’éviter la mise sous séquestre.

Le *de cujus* peut valablement dispenser le conjoint survivant de fournir caution même si l’usufruit porte sur des biens faisant partie de la réserve\textsuperscript{1140}. Toutefois, même en cas de dispense, le nu propriétaire peut au cours de l’usufruit demander en justice de fournir une caution ou à défaut de caution, l’une des mesures


\textsuperscript{1138} Civ. 3 février 1897 : *DP* 1897.1.601 note PLANIOL M..

\textsuperscript{1139} Article 603 du Code civil.

\textsuperscript{1140} Il est désormais admis qu'une donation d'usufruit peut être faite avec dispense de caution, alors même qu'elle a pour objet des biens compris pour la nu-propriété dans la réserve des héritiers du donateur : voir notamment Cass. Civ., 26 août 1861 : S. 1861, 1, p. 829 ; *DP* 1861, 1, p. 394 ; Cass. Civ., 12 mars 1862 : S. 1862, 1, p. 413 ; *DP* 1862, 2, p. 128 ; Civ. 5 juillet 1876 : *DP* 1877.1.277 ; Cass. 1er Civ., 22 juin 1964 : JurisData n° 1964-000328, *Bull. civ.* 1964, I, n° 328.
conservatoires des articles 602 et 603 s’il établit que ses intérêts sont en danger\textsuperscript{1141}. Les juges du fond apprécient souverainement la demande.

La dispense de caution est une clause de style que l’on retrouve dans la quasi-totalité des institutions contractuelles ou des donations entre époux. On peut le regretter car on ne peut pas appliquer les mêmes clauses à toutes les situations au vu des inconvénients de l’usufruit. Il paraît évident que les descendants d’un conjoint survivant âgé n’ont pas besoin d’une caution. Mais lorsque le conjoint survivant est relativement jeune, qu’il peut vivre encore des dizaines d’années ou encore, lorsqu’il existe un risque de dilapidation des sommes d’argent ou de dégradation des immeubles par négligence, la caution peut être un moyen de sauvegarder la réserve des descendants d’autant que l’emploi des sommes est réservé au seul cas des donations entre époux.

396. **L’emploi** - Le conjoint survivant peut devoir faire emploi des sommes.

Toutefois, cette disposition est spécifique au conjoint survivant qui recueille un usufruit résultant d’une donation entre époux conformément à l’article 1094-3. Il ne s’applique pas au conjoint survivant recueillant un usufruit universel par l’effet de ses droits *ab intestat*.

Il est normal que le conjoint ait de larges droits mais il ne faut pas que les conséquences soient trop lourdes pour les héritiers réservataires. C’est pourquoi il paraît essentiel d’étendre les possibilités de conversion de l’usufruit.

2 – La conversion de l’usufruit en rente viagère

\textsuperscript{1141} Req. 21 janvier 1845 : *DP* 1845, 1, 104 ; Req. 3 mars 1868 : *DP* 1868, 1, 155 ; Req. 8 novembre 1881, *DP* 1883, 1, 174 ; Req. 11 juillet 1888 : *DP* 1889, 1, 463 ; Req. 26 mars 1889 : *DP* 1889, 1, 463 ; Req. 22 octobre 1889 : *DP* 1890, 1, 82 ; Req. 28 octobre 1889 : *DP* 1890, 1, 67 ; Req. 19 décembre 1905 ; Req. 27 mars 1946, D. 1946, 240.
L’usufruit peut être converti en rente viagère dans deux cas : sur demande d’un héritier ou en sanction de l’abus de jouissance de l’usufruitier.

397. **La conversion-sanction de l’abus de jouissance de l’usufruitier** - L’article 618 du Code civil permet la conversion de l’usufruit en rente viagère lorsque l’usufruitier manque à ses obligations de manière assez grave pour compromettre la substance de la chose. Ainsi, la conversion exige un dépréciissement de l’immeuble et pas un simple défaut d’entretien. La déchéance n’intervient jamais de plein droit. La demande doit être formée par un héritier devant le juge, lequel a la faculté, au vu de la gravité de l’abus, soit de prononcer la déchéance de l’usufruit, soit d’ordonner sa conversion en rente viagère.

Une difficulté doit toutefois être soulevée : selon certains, l’article 618 ne trouverait pas application en matière de quasi-usufruit. En effet, les règles du quasi-usufruit donnant le droit de faire disparaître la chose en la consommant, on voit mal comment il pourrait y avoir abus de jouissance puisque la consommation de la chose en altère forcément la substance. Pourtant, la jurisprudence s’est prononcée dans le sens inverse en retenant l’abus de jouissance à propos d’un usufruit de sommes d’argent.

En effet, la déchéance de l’usufruit est un principe général applicable à toutes les formes d’usufruit, notamment à l’usufruit des choses fongibles. Il est également possible pour les nus-propriétaires de se plaindre d’un abus de l’exercice de son droit de disposer par l’usufruitier permettant ainsi la déchéance de la dispense de fournir caution.

---

1143. CA Lyon, 25 octobre 2001 : Juris-Data n° 157381.
1145. Cass. Req. 21 janvier 1845 : DP 1845, 1, 104 ; Req. 3 mars 1868 : DP 1868, 1, 165.
1146. Cass. 11 juillet 1888 : DP 1889, 1, p. 463 ; Cass. Req., 19 décembre 1905 : S. 1906, 1, p. 188.
398. La conversion de l’usufruit sur demande d’un héritier - L’article 759 du Code civil permet à un héritier nu-propriétaire ou au conjoint survivant de demander la conversion de l’usufruit en rente viagère. Ce droit à la conversion est d’ordre public, les héritiers ne peuvent en être privés par le de cujus.

Toutefois, la loi ne vise que les usufruits légaux ou résultant d’un testament ou d’une donation de biens à venir. Ainsi, il faut exclure de cette faculté de conversion certains usufruits. Tout d’abord, sont exclus les usufruits résultant d’une donation entre vifs ou d’un contrat de mariage. De la même manière, ne peut pas faire l’objet d’une conversion, l’usufruit réservé par le défunt lors d’une donation de nue-propriété et dont la réversion est prévue au profit du conjoint survivant\(^{1147}\); cette réversion étant analysée comme une donation à terme de biens présents\(^{1148}\).

La conversion peut résulter d’un accord entre les héritiers et le conjoint survivant. A défaut d’accord, le demandeur peut s’adresser au juge, lequel n’est pas tenu de prononcer la conversion\(^{1149}\). Il statue en fonction des intérêts en présence et s’il accorde la conversion, il en fixe les modalités. La conversion ne peut toutefois porter sur le local à usage d’habitation du conjoint survivant et les meubles le garnissant. Cette disposition laisse à penser que la conversion peut être divisible et s’appliquer à un ou plusieurs enfants recueillant d’autres biens que le logement\(^{1150}\). A défaut, la conversion serait impossible en présence d’un local d’habitation. L’interdiction de convertir l’usufruit portant sur le local d’habitation sans l’accord du conjoint est dommageable. Même si on comprend bien la nécessité de permettre au conjoint de conserver son cadre de vie, les dangers inhérents à l’usufruit sont toujours présents. Il paraît nécessaire de permettre au juge d’imposer la conversion au conjoint.


\(^{1149}\) CA Paris, 16 novembre 2011 : JurisData n° 2011-025456.

survivant s’il estime que la situation l’exige, lorsque le conjoint est très jeune par exemple ou s’il n’y a pas d’entente entre les descendants et le conjoint.

Toutefois, la conversion peut, par elle-même, poser des problèmes. En effet, la loi exige que la rente viagère soit équivalente aux revenus produits par l’usufruit successoral ce qui signifie égale aux revenus nets produits par le bien. L’article 760 impose également que la rente viagère soit indexée afin de conserver l’équivalence initiale. Ainsi, le conjoint survivant est protégé des variations monétaires. Enfin, afin de garantir le paiement de la rente, les héritiers sont tenus d’offrir des garanties suffisantes. Ainsi, on peut affirmer que la conversion en rente viagère est extrêmement défavorable aux héritiers. Lorsque le conjoint est jeune, le mode de calcul de la rente viagère peut priver les héritiers de leur réserve. En effet, cela équivaut à un calcul économique de l’usufruit, lequel est extrêmement favorable à l’usufruitier 1151. Il paraît par conséquent nécessaire de limiter la conversion de l’usufruit.

3 – La conversion de l’usufruit en capital

399. Proposition d’extension de la conversion de l’usufruit en capital - Contrairement à la conversion en rente viagère, la conversion de l’usufruit en capital, prévue à l’article 761 du Code civil, nécessite un accord, entre les héritiers et le conjoint survivant, sur le principe de la conversion et son montant. La conversion ne peut en aucun cas être imposée à l’une des parties 1152. En outre, l’article 917, permettant l’exécution d’une libéralité en usufruit excédant la quotité disponible en abandonnant la pleine propriété

1151 Un calcul effectué sur un simulateur d’usufruit économique donne le résultat suivant : si le bien vaut 300 000 euros, si les loyers annuels sont de 15 0000 euros (soit une rentabilité de 5%) avec une revalorisation annuelle des loyers et de l’immeuble de 1% par an, l’usufruit vaudra 247 316 euros et la nue-proprité économique vaudra 52 684 euros. Calcul effectué sur le site http://www.leblogpatrimoine.com/simulateurs/calcul-usufruit-economique-calcullez-la-valeur-reelle-de-lusufruit-et-de-la-nue-proprie.html

de cette dernière ne s’applique pas au conjoint survivant puisque celui-ci bénéficie d’une quotité spéciale en usufruit de la totalité de la succession\(^{1153}\).


400. **Conclusion de section** – Nous avons démontré que la \textit{réserve restait} une créance dans la succession. En effet, malgré la généralisation de la réduction en valeur et la perte du droit d’exercer l’action en réduction par voie d’exception, il est toujours nécessaire au réservataire de se porter héritier pour obtenir sa réserve et ainsi d’être tenu aux dettes. En outre, l’action en réduction et la protection de la réserve restent étroitement liées aux biens puisque les règles du droit des successions font appel à la technique des dettes de valeur.

Toutefois, la réserve ne remplit pas son rôle vis à vis des descendants lorsque le conjoint survivant bénéficie d’un usufruit universel. Les garanties prévues par le Code civil ne permettent pas de pallier cette situation puisqu’elles ne s’appliquent pas à tous les usufruits ou peuvent être écartées par le défunt. Il en est de même des facultés de conversion alors que la conversion en capital pourrait être l’instrument permettant d’allier subsistance des descendants et du \textbf{conjoint survivant d’autant que les} descendants doivent, en outre, composer avec l’apparition de droits concurrents de la réserve.

Section II – L’apparition de droits concurrents qui complètent ou se substituent à la réserve


§ I – Des droits concurrents pour maintenir le cadre de vie du conjoint survivant

402. Plan - Le conjoint survivant a une place particulière dans l’ordre successoral. C’est le seul héritier ab intestat choisi et non subi. Toutefois, ses droits ne sont pas réduits aux droits successoraux puisqu’il bénéficie, dans la plupart des cas, du partage de la communauté. Pour cette raison, les rédacteurs du Code civil considéraient à l’origine que le surplus devait revenir à la famille par le sang et ont écarté le conjoint survivant de la succession ab intestat au motif que le partage de communauté était suffisant pour assurer sa subsistance. La veuve commune en biens bénéficiait cependant d’un droit au logement et nourriture ainsi que du paiement des frais de deuil d’une durée de trois mois et quarante jours, appelés gains de survie. La loi du 13 juillet 1965 a étendu ces gains de survie aux neuf mois

1154 Même si cette affirmation doit être nuancée puisque depuis la loi du 23 juin 2006, le conjoint survivant est réservataire en l’absence de descendant.
1156 Article 1465 du Code civil de 1804 : « La veuve, soit qu’elle accepte, soit qu’elle renonce, a droit, pendant les trois mois et quarante jours qui lui sont accordés pour faire inventaire et délibérer, de prendre sa nourriture et celle de ses domestiques sur les provisions existantes, et, à défaut, par emprunt au compte de la masse commune, à la charge d’en user modérément. Elle ne doit aucun loyer à raison de l’habitation qu’elle a pu faire, pendant ces délais, dans une maison dépendante de la communauté ou appartenant aux héritiers du mari : et si la maison qu’habitaient les époux à l’époque de la dissolution de la communauté, était tenue par eux à titre de loyer, la femme ne contribuera point, pendant les mêmes délais au paiement dudit loyer, lequel sera pris sur la masse. »
 suivant le décès et les a bilatéralisés en permettant au mari d’en bénéficier\footnote{1157} sans toutefois l’étendre aux époux séparés de biens. Ces gains de survie, aussi appelés préciput légal, devaient permettre au conjoint d’effectuer sereinement les démarches nécessaires au règlement de la succession du défunt en paralysant les revendications des héritiers\footnote{1158}. Ils étaient qualifiés de droits personnels contre la succession ou encore de droit de créance temporaire et personnel. Toutefois, il ne s’agissait pas du prolongement du devoir de secours entre époux puisqu’ils n’étaient pas subordonnés à la bonne ou mauvaise fortune du conjoint survivant. Les débiteurs de ce préciput légal étaient tenus d’une obligation de ne pas faire puisqu’ils ne pouvaient obliger le conjoint à quitter son logement\footnote{1159}.

Lors des discussions précédant l’adoption de la loi du 3 décembre 2001, un conflit surgit entre l’Assemblée nationale et la Chancellerie d’une part, et le Sénat et l’Université d’autre part. Les premières souhaitaient faire reposer le droit successoral sur l’amour des époux et le devoir réel d’affection et donner la priorité à la liberté testamentaire, comme dans les pays de \textit{common law}. Les seconds, en revanche, s’appuyaient sur le devoir moral d’affection sur lequel est basé notre droit successoral. Ils étaient opposés à l’octroi d’un droit successoral à titre universel comme une part de réserve, un droit à titre particulier permettant de conserver le cadre de vie de l’époux était plus adapt\footnote{1160}. Le législateur trancha finalement pour la logique de l’affection\footnote{1161} en introduisant dans le Code civil le droit temporaire au logement (A) et le droit viager au logement (B) et en supprimant les gains de survie.

\footnotetext{1157}{Article 1481 du Code civil dans sa rédaction issue de la loi du 13 juillet 1965 : « Si la communauté est dissoute par la mort de l’un des époux, le survivant a droit, pendant les neuf mois qui suivent, à la nourriture et au logement, ainsi qu’aux frais de deuil, le tout à la charge de la communauté, en ayant égard tant aux facultés de celle-ci qu’à la situation du ménage. Ce droit du survivant est exclusivement attaché à sa personne. »}

\footnotetext{1158}{POUDEROUX S., « Réflexions sur les gains de survie légaux », JCP N 1993, 100507.}

\footnotetext{1159}{POUDEROUX S., « Réflexions sur les gains de survie légaux », JCP N 1993, 100507.}


\footnotetext{1160}{LEVILLAIN N., « Le droit au logement temporaire du conjoint survivant », JCP N 2002, 1440.}

\footnotetext{1161}{VIDALIES A. ET HVEST J.-J., Rapport Com. Mixte Paritaire n° 3382 et 67, p 8.}
A - Le droit temporaire au logement

403. **Plan** – Le droit temporaire au logement a été créé par la loi n° 2001-1135 du 3 décembre 2001\(^{1162}\). Ce droit est hérité des gains de survie puisque ce temps est destiné à permettre au conjoint de s’organiser afin de ne pas devoir quitter son logement dès le décès de son conjoint. Le titulaire et l’objet du droit au logement temporaire doivent être précisés (1) tout comme sa mise en œuvre (2).

1 – Titulaire et objet du droit temporaire au logement

404. **Titulaire** - Le titulaire du droit temporaire au logement est le conjoint survivant conformément à l’article 732 du Code civil\(^{1163}\). Ce droit n’est pas un droit de nature successoriale mais est un effet direct du mariage\(^{1164}\). Il en résulte que le conjoint survivant n’a pas à être apte à succéder pour bénéficier du droit temporaire au logement. Il peut être renonçant, avoir été exhérédié par son conjoint\(^{1165}\) voire même être indigne de succéder\(^{1166}\).

405. **Objet du droit temporaire au logement** – Le droit temporaire au logement porte sur le logement que le conjoint survivant occupait effectivement à l’époque du décès comme habitation principale\(^{1167}\). Cette

\(^{1162}\) Abrogeant par la même occasion l’article 1481 du Code civil.

\(^{1163}\) Il s’agit du conjoint survivant non divorcé.

\(^{1164}\) L’article 763 alinéa 3 dispose en effet que « Les droits prévus au présent article sont réputés effets directs du mariage et non droits successoraux. »


\(^{1166}\) TERRÉ F., LEQUETTE Y., SIMLER P., op. cit., p. 194, § 187.

notion doit être distinguée du logement familial car l’habitation suppose une occupation de fait. Le caractère effectif de l’habitation est laissé à l’appréciation souveraine des juges du fond. Ainsi, si les époux sont séparés de fait, le droit temporaire au logement porterait sur le logement occupé par le conjoint survivant. Lorsque les époux résident une partie de l’année dans une résidence secondaire, le juge devra rechercher dans quel logement les époux passaient le plus de temps 1168.

Ce logement doit dépendre pour tout ou partie de la succession 1169. Ainsi, ce logement peut être la propriété exclusive du de cujus ou bien encore la propriété commune ou indivise des deux époux. Il peut également être indivis entre le de cujus et un tiers. La loi prévoit toutes les situations afin que le droit au logement temporaire s’applique largement. Toutefois, si de cujus a fait donation de la nue-propriété du logement lui appartenant sans prévoir la réversibilité de l’usufruit réservé sur la tête de son conjoint, le droit temporaire au logement ne pourra pas s’appliquer faute de logement dépendant de la succession 1170.

406. Logement en location ou en indivision - Lorsque le logement appartient pour partie indivise à un tiers, la succession devra rembourser l’indemnité d’occupation durant une année 1171.

Il en est de même lorsque le logement est assuré au moyen d’un bail à loyer dont la contrepartie est versée en argent. Toutefois, il doit s’agir d’un bail d’habitation ce qui exclut les logements de fonction 1172.

---

1169 La loi du 3 décembre 2001 prévoyait que le logement devait appartenir aux époux ou dépendre totalement de la succession. La loi du 23 juin 2006 a étendu le droit temporaire au logement à l’habitation dépendant pour partie de la succession.
1170 Cette hypothèse n’est pas un cas d’école puisqu’un époux a pu donner la nue-propriété de l’immeuble à ses enfants issus d’un premier mariage en se réservant l’usufruit de son logement, puis contracter un nouveau mariage par la suite.
1171 Cette possibilité a été rajoutée par la loi du 23 juin 2006.
407. **Logement détenu par une société** – Lorsque le logement est détenu par une société familiale, la personnalité morale fait écran entre la succession et le logement. Le droit au logement ne peut donc trouver application\(^{1173}\). Cette solution est regrettable, le droit au logement temporaire doit s’appliquer dans tous les cas.

Toutefois, un arrêt récent\(^{1174}\) permet de s’interroger sur cette question : dans cette espèce, deux époux mariés sous le régime légal avaient créé avec leurs deux enfants une société civile immobilière détenteur le domicile du couple. A la suite du divorce, le mari a réclamé l’attribution préférentielle des parts de la société sur le fondement de l’article 1476 renvoyant à l’article 831 permettant à l’indivisaire de demander l’attribution préférentielle de tous droits sociaux d’une entreprise à laquelle il participe. Alors que la Cour d’appel avait accueilli sa demande, la Cour de cassation cense cesse la décision, au visa des articles 831 et 831-2 au motif que les juges du fond auraient dû rechercher si cette attribution préférentielle entraînait la dévolution exclusive au mari de la pleine propriété du logement du couple. Ainsi, le visa de l’article 831-2, prévoyant l’attribution préférentielle du logement familial, laisse à penser que la Cour de cassation accepterait l’attribution préférentielle du logement familial détenu par une société civile. Toutefois, elle pose deux conditions. Il faut tout d’abord que la société n’ait que les époux comme associés. Ensuite, la société civile ne doit rien détenir d’autre que le logement.

Ainsi, si on transpose cette solution, on peut penser que la Cour de cassation pourrait appliquer le droit temporaire au logement lorsque le logement familial est détenu par une société civile immobilière à condition que seuls les époux soient associés et que

---

\(^{1172}\) Il s’agit du bail d’habitation, des baux mixtes professionnel et d’habitation, baux commerciaux lorsque les lieux loués comprennent une habitation et baux à ferme. Sont exclus les logements de fonction qui sont attachés à la fonction du de cijus, ainsi que les baux à nourriture et les baux à métayage.

\(^{1173}\) Une réponse ministérielle refuse le droit au logement temporaire lorsque le logement est détenu au travers d’une personne morale : Rép. Min. n° 39324 : JO AN 25 janvier 2005, p. 816.

la société ne détienne pas d’autre bien. Toutefois, dans le doute, il paraît nécessaire de modifier le texte en ce sens.


\footnotetext[1176]{BRÉMOND V., « Les droits locatifs du conjoint survivant après la loi du 3 décembre 2001 », \textit{LPA} 2002, n° 151, p. 4.}
\footnotetext[1177]{Article 23 de la loi du 6 juillet 1989.}
logement. Ces éléments participent au cadre de vie du conjoint et doivent être intégrés dans le remboursement des loyers au titre du droit temporaire au logement. En revanche, il est possible de s’interroger sur les charges de fourniture d’eau ou de chauffage. Par souci de simplicité, il paraît plus adéquat d’inclure dans le remboursement du loyer toutes les charges afférentes au logement même si cela crée une différence entre l’époux dont les charges comprennent l’eau et le chauffage et celui qui les paie directement au fournisseur.

En revanche, les impôts et taxes afférents au bien doivent être exclus du remboursement. En effet, le droit temporaire au logement a pour but de permettre au conjoint de préparer sereinement les changements qu’induisent le décès de son époux. Pour cela, il doit pouvoir rester dans son logement gratuitement une année. Mais il est excessif de l’héberger de manière gratuite en le dispensant du paiement des impôts afférents au bien.


Lorsque la succession se révèle insolvable, le conjoint survivant peut-il poursuivre personnellement les héritiers ou légataires ayant accepté simplement la succession ? Le droit temporaire au logement est un effet direct du mariage et en conséquence une charge de la succession qui vient au passif. Toutefois, la doctrine majoritaire limite cette charge aux forces de la succession et exclut une obligation *ultra vires* des héritiers en raisonnant par analogie avec le droit à pension du conjoint. Pourtant cette opinion nous paraît en contradiction avec l’esprit de la loi. En effet, le but de celle-ci est que le conjoint vive sereinement cette période de deuil. Si les forces de la succession ne permettent pas de rembourser le conjoint de la valeur des loyers ou de l’indemnité d’occupation, celui-ci peut être tenu de quitter son logement. On peut également arguer que les sommes en jeu entre le droit temporaire au logement et le droit à pension ne sont pas comparables puisque dans un cas, on parle d’une année de

loyer ou d’indemnité d’occupation tandis que dans l’autre, il s’agit de payer une pension viagère durant de longues années. Ainsi, il faudrait considérer que les héritiers sont tenus *ultra vires* du paiement du droit temporaire au logement.

Lorsque le conjoint survivant est cohéritier, il contribue au paiement de cette charge au *prorata* de sa part héréditaire. Il peut se faire rembourser sur les biens indivis dans l’année qui suit le décès. Cette disposition déroge au droit commun puisque les comptes entre coïndivisaires ne se font qu’au partage conformément à l’article 825 du Code civil. Toutefois, cette créance est due au conjoint survivant en tant que conjoint et pas en tant que coïndivisaire. Ainsi, il paraît cohérent qu’il puisse se faire rembourser avant le partage.

**410. Droit de jouissance sur le mobilier** - Le conjoint successible bénéficie également d’un droit de jouissance sur le mobilier garnissant le logement à la condition que le mobilier soit compris dans la succession. On entend par « mobilier » les meubles meublants définis aux articles 534 et 215 du Code civil, soit les meubles destinés à l’usage et l’ornement.

Estrangement, l’article 763 ne prévoit la jouissance du mobilier que dans l’alinéa premier qui vise le cas du logement en propriété. L’alinéa 2 disposant du droit temporaire au logement en cas de bail à loyer ou de logement appartenant pour partie indivise au défunt ne reprend pas la jouissance du mobilier. On peut penser qu’il s’agit d’une lacune du législateur. En effet, rien n’indique dans les travaux préparatoires que celui-ci ait voulu priver le conjoint survivant bénéficiant du remboursement des loyers ou de l’indemnité d’occupation au titre du droit temporaire au logement, du droit de jouissance du mobilier\(^{1179}\).

De quelle manière va-t-on mettre en œuvre le droit au logement ?

---

\(^{1179}\) Toutefois, cette opinion n’est pas partagée par tous les auteurs : Cf. BRÉMOND V., « Les droits locatifs du conjoint survivant après la loi du 3 décembre 2001 », *LPA* 2002, n° 151, p. 4.
2 – La mise en œuvre du droit temporaire au logement

411. **Exercice** - Le droit temporaire au logement s’exerce durant l’année suivant le décès. Ce délai est préfix et ne peut être ni suspendu, ni interrompu.

412. **Effet** – Le droit temporaire au logement prend effet de plein droit au décès du conjoint puisqu’il s’agit d’un effet du mariage. Le conjoint survivant n’a aucune formalité à accomplir pour en bénéficier, le maintien dans les lieux suffit à caractériser sa volonté. Toutefois, lorsque le logement est assuré au moyen d’un bail à loyer ou lorsque le logement était pour partie indivise au *de cujus*, le conjoint survivant devra faire la demande expresse de remboursement des loyers ou de l’indemnité d’occupation à la succession.

Le droit temporaire au logement est une charge de la succession à inscrire au passif.

Le droit temporaire au logement est d’ordre public. Il s’impose aux cohéritiers indivisaires, à l’héritier attributaire du logement à la suite d’un partage ayant eu lieu dans l’année du décès ainsi qu’au légataire du logement. En effet, le droit au logement est une obligation *propter rem* pesant sur la propriété du logement.

Le conjoint survivant est également titulaire d’un droit viager au logement.

---

1180 Soit une dette qui n’incombait pas au défunt, due à raison du décès : MALAURIE P., BRENNER C., *op. cit.*, § 221.
B – Le droit viager au logement

413. **Plan** - Le droit viager au logement crée un droit d’usage et d’habitation au profit du conjoint survivant et un droit d’usage sur le mobilier destiné à conserver son cadre de vie jusqu’à son décès. Ces droits participent à la subsistance du conjoint en lui permettant de se maintenir dans son logement et en en conservant le mobilier. Il s’agit d’examiner qui en est titulaire et son objet (1), quelle est leur nature (2), comment mettre ces droits en œuvre (3) puis de se demander si on peut en priver le conjoint (4).

I – Titulaire et objet du droit

414. **Titulaire** - À la différence du droit temporaire au logement, le droit viager au logement suppose la qualité de conjoint successible au sens de l’article 732 du Code civil. Ainsi, ce dernier doit être non divorcé et apte à succéder pour pouvoir en bénéficier.

415. **Objet** – L’objet du droit viager au logement est identique à celui du droit temporaire au logement. Ainsi, le logement doit appartenir aux époux ou dépendre totalement de la succession. En revanche, si le logement appartient pour partie indivise à un tiers, le droit viager au logement ne peut s’appliquer. Il en est de même si le logement n’appartient au de cujus que pour la nue-propriété. Lorsque le de cujus a obtenu le logement par suite d’une libéralité, celle-ci peut comporter une clause résolutoire comme par exemple, un droit de retour conventionnel. Le droit de retour conventionnel est une clause de style dans les donations et donations-partages notariées lesquelles prévoient en règle générale que ce droit s’exercera en cas de prédécès du donataire sans descendant. Ce droit de

1183 A cet effet, nous renvoyons à nos développements, infra n° 326.
1184 Conformément à l’article 763 du Code civil.
retour conventionnel est une condition résolutoire qui opère automatiquement lors du décès du donataire. Le bien donné retourne dans le patrimoine du donateur. Ainsi, si le bien donné constituait le logement du conjoint survivant, il ne pourra pas bénéficier du droit viager au logement, faute de logement dépendant de la succession.

Lorsque le logement est la propriété d’une société appartenant aux époux, le droit viager au logement trouve-t-il application ? La doctrine est divisée sur la question. La lettre de la loi impose que le logement appartienne aux époux ou dépende totalement de la succession. Or la personnalité morale de la société fait écran conduisant certains auteurs à considérer que le droit viager au logement ne peut pas s’appliquer dans ce cas d’espèce. On peut arguer, en effet, que contrairement à l’article 215 du Code civil qui protège plus largement « tous les droits » par lesquels est assuré le logement familial, les articles 763 et 764 visent plus spécifiquement le logement. En conséquence, le droit viager d’habitation ne peut pas s’appliquer lorsque le logement est détenu au travers d’une société, même si les deux époux sont les seuls associés, ce qui paraît regrettable. En effet, la détention de la résidence principale au travers d’une société civile est dans la plupart des cas un choix d’optimisation fiscale. Il paraît, par conséquent, difficile de priver ces époux du droit viager au logement.

Lorsque le conjoint successible occupe à titre d’habitation principale, un logement faisant l’objet d’un bail à loyer, il ne peut pas bénéficier du droit viager au logement. Toutefois, il conserve un droit d’usage sur le mobilier.


1187 Toutefois, il pourra bénéficier de l’acquisition d’un droit exclusif sur le bail s’il en était co-titulaire conformément à l’article 1751 du Code civil. A défaut de co-titularité, si le local n’était pas la résidence effective des deux époux ou s’il s’agissait d’un bail mixte, le conjoint se verra transférer le bail conformément à l’article 14 de la loi du 6 juillet 1989.
416. **Droit d’usage sur le mobilier** – Le conjoint survivant bénéficiaire du droit viager au logement et le conjoint successful dont le logement est assuré au moyen d’un bail à loyer bénéficient d’un droit d’usage sur le mobilier garnissant le logement. Ce droit d’usage est un droit réel qui doit être distingué du droit de jouissance sur le mobilier prévu au titre du droit temporaire au logement. Si l’on s’en tient à la lettre des articles 764 et 765-2, le conjoint ne bénéficiant pas d’un droit viager au logement ou dont le logement n’était pas assuré par un bail à loyer à l’époque du décès, ne devrait pas bénéficier du droit d’usage sur le mobilier. Cela paraît très dommageable. En effet, le mobilier participe du cadre de vie et il paraît difficilement compréhensible qu’un conjoint devant quitter le logement familial ne puisse pas recréer son cadre de vie dans un nouveau logement. On peut penser qu’il s’agit d’une carence du législateur qui devrait être corrigée\(^\text{1188}\).

Qu’en est-il de la nature du droit viager au logement ?

2 – Nature du droit viager au logement

417. **Qualification du droit viager au logement** - Le droit viager au logement est un droit réel d’usage et d’habitation\(^\text{1189}\) selon la loi du 3 décembre 2001, laquelle dispose expressément que « *ces droits d’usage et d’habitation s’exercent conformément aux articles 627, 631, 634 et 635.* »\(^\text{1190}\) Le droit d’usage et d’habitation, contrairement au droit d’usufruit, a une vocation alimentaire. Il comprend le *jus utendi*, soit le droit d’user le bien dans la limite de ses


\(^{1189}\) Tandis que le droit temporaire au logement n’est qu’un droit de jouissance qui ne peut recevoir la qualification de droit réel.
besoins et ceux de sa famille\textsuperscript{1191} ainsi que le \textit{jus fruendi} soit le droit de percevoir les fruits dans la même limite. Ainsi, le titulaire d’un droit d’usage et d’habitation sur une terre agricole aura le droit de prélever sur la récolte ce qui est nécessaire à sa consommation personnelle et à celle de sa famille\textsuperscript{1192}. Si le bien produit des fruits au delà de ses besoins, il ne peut les vendre pour en tirer un revenu\textsuperscript{1193}. Si la maison comporte plus de pièces que nécessaire, le titulaire du droit d’usage et d’habitation n’a pas le droit de l’habiter toute entière. On ne connaît qu’un arrêt d’instance sur le sujet qui a jugé qu’une personne seule n’avait droit qu’à deux pièces principales, une cuisine, une salle de bains et des locaux annexes\textsuperscript{1194}. Cela signifierait que le conjoint survivant ne bénéficierait pas du droit viager sur toute l’habitation mais uniquement sur les pièces dont il aurait besoin. Le reste de la maison devrait être mis à disposition des héritiers du \textit{de cujus}.

Cependant, l’article 764 précise que le conjoint survivant a «\textit{sur ce logement}» un droit d’usage et d’habitation viager et il ne renvoie pas à l’article 633 qui limite le droit d’habitation à ce qui est nécessaire pour l’habitation de son bénéficiaire et de sa famille. On peut penser que le législateur a aménagé cette règle pour étendre le droit d’usage et d’habitation viager à la totalité du logement. Toutefois, il ne peut s’étendre aux dépendances et à ce qui excède le logement.

\textsuperscript{1191} \textsc{Civ.}, 15 février 1926, \textit{DP} 1927, 1, 8.
Le titulaire d’un droit d’usage et d’habitation a le droit de se loger ainsi que sa famille, mais ne peut héberger un étranger sans commettre une faute. On peut dès lors s’interroger sur la possibilité pour le conjoint survivant de loger son nouveau concubin. Cela ne peut être possible sans risquer la déchéance car étant étranger à la famille, le nouveau concubin ne peut vivre dans le logement familial faisant l’objet du droit viager au logement.

Le droit d’usage et d’habitation ne peut être ni cédé, ni loué en raison de son caractère personnel. La loi ne prévoit pas la conversion du droit d’usage et d’habitation en rente viagère. Toutefois, les tribunaux admettent des exceptions à ce principe lorsque des circonstances graves, dues notamment à l’âge et la maladie du titulaire, rendent impossibles l’exercice du droit en substituant une rente au droit d’usage et d’habitation. Il semblerait que le droit viager au logement du conjoint survivant s’inspire de cette solution jurisprudentielle.


1196 Cass. 3e Civ., 6 janvier 1981 : Bull. civ. III, n° 1 dans lequel le bénéficiaire d’un droit d’usage et d’habitation est déchu de son droit. « Mais attendu que l’arrêt (…) que Bertrand Z. ne conteste pas avoir logé dans la maison une personne étrangère à la famille, a pu décider qu’il avait commis une faute en ne respectant pas l’obligation d’utilisation personnelle ou familiale qui lui incombe. »


418. Le droit de louer le logement sous conditions – L’article 764 offre la possibilité au conjoint de louer le logement s’il ne correspond plus à ses besoins. Cette possibilité avait déjà été admise par les tribunaux toutefois, elle devrait être prononcée par le juge alors que dans le droit viager, la décision de louer le logement n’appartient qu’au conjoint survivant ou à son représentant. L’accord des cohéritiers n’est pas requis et le conjoint n’a nul besoin de demander une autorisation judiciaire. Pourtant, lorsque le droit d’usage et d’habitation ne porte que sur quelques pièces dans une grande maison, il ne paraît pas possible que le conjoint survivant puisse louer la totalité de celle-ci. Le conjoint ne pourra louer que les pièces qu’il occupe et devra recueillir l’accord des héritiers pour louer le reste du logement. Si l’on admet une conception extensive du logement, alors le conjoint ne pourrait louer les dépendances.

La loi n’est pas très explicite sur les besoins du conjoint survivant auxquels le logement n’est plus adapté. Lors des premiers débats, la possibilité de louer n’avait été ouverte qu’en cas de départ en maison spécialisée. En effet, on souhaitait restreindre la possibilité pour le conjoint de louer le bien afin d’éviter que les nus-propriétaires soient obligés de composer avec des locataires lors de l’extinction du droit viager au logement. Le problème se pose avec encore plus d’acuité avec l’entrée en vigueur du décret n° 2012-894 du 20 juillet 2012 relatif à l’évolution de certains loyers pris en application de l’article 18 de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989. Ce décret encadre le loyer même en cas de renouvellement du bail. Ainsi, le loyer convenu entre le locataire et le conjoint survivant s’imposera aux nus-propriétaires et la possibilité d’augmenter celui-ci pourra s’avérer délicate.

1200 Cf. infra n° 417.
1202 Cf. infra n° 417.
1203 Lors des discussions sur cet article, cette disposition a varié. A l’origine, la possibilité de louer n’était prévue que « lorsque son état de santé ne lui permettait plus de rester dans les lieux et justifiait son hébergement dans un établissement spécialisé » : Comm. mixte paritaire, Rapport AN n° 3382 et Rapport Sénat n° 67, p. 9.
1204 CLERGEAU, Rapport AN n° 2902, p. 10.
Quels sont les besoins du conjoint survivant nécessitant un nouveau logement ? Ne doit-on retenir que des motifs liés à l’âge et à la santé tels que l’absence d’ascenseur, un logement trop grand ou alors peut-on prendre en considération des motifs plus futiles tels que la volonté de partir sous des cieux plus ensoleillés ou la volonté de se rapprocher de ses enfants, voire de refaire sa vie dans un nouvel endroit ? On peut penser que la loi ne distinguant pas, il n’y a pas lieu de distinguer.

419. **Destination des loyers perçus** - La loi ajoute que la location doit servir à dégager les ressources nécessaires à de nouvelles conditions d’hébergement. On peut se demander si les enfants ont la possibilité de contester ce motif, voire d’arguer que le conjoint survivant dispose de ressources suffisantes pour financer son nouveau logement.

Imaginons également que le conjoint survivant mette en location un grand logement familial afin de louer un deux pièces, que devrait-on faire de la différence de loyer ? Devrait-il le reverser aux héritiers ? La doctrine majoritaire soutient que le conjoint survivant n’a pas à récompenser la succession pour l’excédent et ne peut demander le surplus à la succession s’il souhaite se loger dans un logement plus cher. Pourtant, le droit d’usage et d’habitation est limité aux besoins de son titulaire ainsi qu’il a été démontré. Si l’on suit le régime du droit d’usage et d’habitation, on pourrait donc penser que le conjoint survivant ne devrait toucher que ce dont il a besoin pour se loger et que le reste devrait être versé aux héritiers du de


1208 À moins que les conditions du droit à pension soient réunies.
cujus. Admettre la solution inverse, même si elle est très avantageuse pour le conjoint en lui permettant d’obtenir un complément de revenus, irait totalement à l’encontre des droits des héritiers notamment des héritiers réservataires. La plupart des successions ne comprennent qu’un logement et comme nous l’avons démontré, les charges de la propriété1209 et les grosses réparations incombent aux héritiers sans qu’ils aient la jouissance de leur réserve1210. Ainsi, il faut entendre strictement l’article 764 et la possibilité de louer le bien. On peut enfin rappeler que si le conjoint est dans le besoin, les descendants sont débiteurs d’aliments envers leur parent de sorte que le conjoint survivant n’a pas besoin de ce complément de loyer.

420. Nature successorale du droit viager au logement - La nature successorale du droit au logement est discutée par les auteurs. Selon certains auteurs, le droit viager au logement serait un droit de créance contre la succession1211. Pourtant, le droit viager porte sur un bien précis, même s’il est interchangeable dans le cas précis de l’inadaptation du logement aux besoins du conjoint survivant, on peut difficilement le qualifier de créance.
Le droit viager au logement pourrait également constituer une succession anomale et serait autonome par rapport aux droits successoraux ab intestat du conjoint survivant1212. Une succession anomale est caractérisée lorsqu’un bien déterminé est dévolu à un héritier déterminé en raison de l’origine de ce bien. Pourtant, s’agissant du droit viager au logement, seules les deux premières conditions paraissent réunies,

1209 Comme la taxe foncière.

1210 Même si, fiscalement, le droit d’usage et d’habitation est évalué à 40% de la valeur de l’usufruit, le régime du droit d’usage et d’habitation choisi par le législateur prive les héritiers de la jouissance de la réserve.


la troisième fait défaut. Néanmoins, on connaît des successions anormales fondées sur la seule nature du bien. En outre, l’option pour le droit viager au logement obéit à des règles spéciales et l’option pour la succession ab intestat ne peut valoir option pour le droit viager au logement. Ainsi, il serait possible de renoncer à la succession ab intestat tout en acceptant le droit viager au logement et le droit d’usage sur le mobilier. Toutefois, cette opinion ne paraît pas devoir être retenue. En effet, la particularité du droit viager au logement est qu’il s’impute sur les droits successoraux du conjoint. La succession ne se divise pas comme dans une succession anormale et l’option pour le droit viager emporte acceptation de la succession ab intestat. Il s’agit par conséquent d’un droit de nature successoriale, voire même supra-successoral, selon Bernard Vareille puisqu’il peut excéder la vocation successoriale, ce qui démontre ainsi la prééminence du logement familial sur la succession. Ce caractère apparaît d’ailleurs dans la mise en œuvre du droit au logement viager.

3 – Mise en œuvre du droit viager au logement

421. Naissance du droit - Le conjoint survivant dispose d’une année pour manifester sa volonté de bénéficier du droit viager au logement et du droit d’usage sur le mobilier. La loi ne précise pas la forme que doit revêtir cette

1214 C’est ainsi le cas de l’usufruit spécial du conjoint survivant en matière de propriété littéraire et artistique. Cf. article 123-6 du Code de la propriété intellectuelle.
manifestation de volonté. On peut penser que celle-ci doit être positive. Ainsi, le silence gardé pendant un an vaudrait renonciation à ce droit\textsuperscript{1217}.

Certains auteurs évoquent le risque que le conjoint survivant ignore cette obligation et qu’il soit contraint de quitter son logement l’année écoulée\textsuperscript{1218}. Ce risque nous paraît toutefois minime puisque le conjoint survivant se verra contraint de se rendre chez son notaire pour régler la succession et que ce dernier ne manquera pas de l’éclairer sur la question. Pourtant, certains auteurs estiment que le maintien dans les lieux du conjoint survivant suffirait à caractériser la manifestation de volonté exigée par la loi\textsuperscript{1219}.

422. \textbf{Entrée en possession} – Le droit viager succède au droit temporaire au logement.

Conformément à l’article 764 du Code civil, les héritiers peuvent exiger qu’il soit dressé inventaire des meubles et un état de l’immeuble. Le conjoint est uniquement dispensé de fournir caution. Ces formalités paraissent opportunes puisqu’elles permettent d’éviter une éventuelle contestation sur l’existence ou la qualité des biens faisant l’objet du droit viager au logement\textsuperscript{1220}.

\footnotesize

411
423. **Imputation sur les droits successoraux** – Conformément à l’article 765 du Code civil, le droit d’usage et d’habitation viager s’impute sur la valeur des droits successoraux du conjoint survivant. Lorsque le conjoint survivant recueille la totalité de la succession en usufruit ou en pleine-propriété, le droit viager au logement se confond avec ses droits successoraux. En revanche, lorsque le conjoint survivant recueille une quote-part de la succession, il faut alors évaluer en argent les droits d’usage et d’habitation. Si la valeur du droit d’usage et d’habitation est inférieure aux droits du conjoint survivant, ce dernier pourra prendre le complément sur les biens existants. Dans le cas inverse, le conjoint n’aura pas à récompenser la succession pour l’excédent, afin d’assurer l’effectivité du droit au logement\(^{1221}\). Toutefois, une difficulté liée à la qualification de droit d’usage et d’habitation doit être étudiée : imaginons que le conjoint soit déchu de son droit d’usage ou d’habitation parce qu’il a, par exemple, hébergé un tiers, peut-il alors réclamer à la succession la valeur de ses droits d’usage et d’habitation qui a été imputée sur ses droits successoraux ? On peut penser que la réponse serait affirmative sinon cela équivalait à priver le conjoint survivant de ses droits successoraux. Or seul le *de cujus* a la possibilité de le priver de ses droits successoraux.

En outre, lorsque le conjoint survivant est bénéficiaire d’une donation entre époux, doit-on imputer le droit viager au logement sur les droits issus de la libéralité entre époux ? On peut répondre par la négative puisque la lettre du texte ne parle que d’imputation sur les droits successoraux.

424. **Obligation aux dettes** - Le conjoint survivant peut-il être tenu aux dettes en raison de son droit viager au logement ? On pourrait penser que le droit viager au logement, ne portant que sur un bien particulier,
correspondrait par conséquent à une vocation à titre particulier. Toutefois, on sait que toute vocation légale a un caractère universel, ainsi les successeurs anormaux, même si leur vocation ne porte que sur des objets particuliers, sont des successeurs à titre universel tenus aux dettes du défunt. On peut également rapprocher le droit viager au logement, de l’usufruit du conjoint de l’auteur d’une œuvre de l’esprit sur le monopole d’exploitation. Or, il est admis que cet usufruit est une vocation à titre universel, le conjoint survivant est par conséquent obligé aux dettes dans la proportion de ses droits par rapport à la totalité du passif successoral.

Quelles sont les modalités de l’obligation aux dettes du conjoint bénéficiaire du droit viager au logement ? La difficulté provient du fait que le conjoint survivant n’a qu’un droit d’usage et d’habitation. Il paraît donc difficile de l’obliger aux charges des fruits qu’il ne peut percevoir. Toutefois, ce droit d’usage et d’habitation particulier permet au conjoint survivant de louer le bien en cas de besoin. On peut ainsi admettre que le conjoint survivant est tenu des intérêts de la dette qui sont la charge des fruits, tout comme l’usufruitier, mais à proportion de la quote-part que représente son droit d’usage et d’habitation dans la succession entière ; et cela même si la valeur du droit viager dépasse celle de ses droits successoraux.

425. Extinction – Le droit viager au logement et le droit d’usage sur le mobilier s’éteignent par le décès de leur bénéficiaire, par l’acquisition du bien par le conjoint survivant et en cas de perte du bien.

---

1221 JOAN, CR, 6 février 2001, p. 1100. Le Garde des sceaux a déclaré à ce sujet : « La proposition de loi considère que l’effectivité des droits d’habitation et d’usage doit en toute circonstance être assurée et qu’il ne faut pas pénaliser le conjoint qui ne disposerà pas nécessairement des liquidités suffisantes pour verser une récompense. »


Le conjoint peut également en être déchu s’il ne jouit pas du logement en bon père de famille conformément à l’article 627 du Code civil ou s’il ne respecte pas les conditions de location prévues par les textes.

Le droit d’usage peut également être converti en rente viagère conformément à l’article 766 du Code civil. Toutefois, cette conversion ne peut être imposée au conjoint survivant\textsuperscript{1224}. Elle nécessite un accord unanime des coindivisaires et du conjoint survivant.

Le conjoint survivant peut également renoncer au droit viager de manière expresse. En aucun cas, cette renonciation ne peut résulter du non-usage du bien ou être tacite.

Toutefois, le \textit{de cujus} a la possibilité de priver son conjoint de son droit viager d’usage et d’habitation.

4 – La privation du droit viager

426. \textbf{L’exigence d’un testament authentique} – Le droit viager au logement est basé sur l’affection réelle, comme dans le droit anglo-saxon, et pas sur l’affection présumée qui guide le droit français. C’est ainsi que le \textit{de cujus} peut refuser à son conjoint le bénéfice du droit viager sur le logement, et du droit d’usage sur le mobilier, en respectant la forme du testament authentique. Ce testament répond à un formalisme lourd puisqu’il doit être fait par dictée au notaire\textsuperscript{1225} et en présence de deux témoins. Le poids de ce formalisme évite les prises de décisions trop rapides qui pourraient être le

\textsuperscript{1224} On peut rapprocher cette disposition de l’article 760 du Code civil selon lequel le juge ne peut convertir, sans l’accord du conjoint, l’usufruit portant sur le logement qu’il occupe à titre principal.

\textsuperscript{1225} La loi n° 2015-177 du 16 février 2015 a assoupli ce formalisme pour les personnes sourdes et/ou muettes puisque celles-ci peuvent désormais écrire leurs dernières volontés en présence du notaire lequel les recopiera dans l’acte contenant le testament authentique puis en fera lecture.
fruit d’un mouvement d’humeur\textsuperscript{1226}. La privation du droit au logement est un acte grave qui ne doit pas être pris à la légère. L’authenticité permet de prendre la mesure de cette gravité\textsuperscript{1227}. On peut à cette occasion établir un parallèle avec l’exhérédation en droit romain\textsuperscript{1228}. L’ordre public se manifeste par un formalisme lourd et contraignant tout comme la renonciation à l’action en réduction qui nécessite également un formalisme particulier. Toutefois, ce n’est pas le conjoint survivant qui refuse la protection de la réserve, comme dans la renonciation anticipée à l’action en réduction, mais le \textit{de cujus} qui peut priver son conjoint de son droit au logement. Ainsi, si le \textit{de cujus} a eu des enfants, le conjoint survivant peut se voir privé de tous ses droits successoraux et de son droit au logement viager alors qu’il ne bénéficie pas d’aliments en présence de descendants du défunt. On peut s’étonner de ce parti pris du législateur et s’alarmer de cette différence de traitement entre les conjoints en fonction de la famille qui les entoure.

La privation du droit d’usage et d’habitation ne vaut pas privation des droits légaux et notamment de l’usufruit universel du conjoint. L’exigence d’authenticité permettra d’en informer le testateur qui pourra décider en toute connaissance de cause dans quelle proportion il souhaite exhérèder son conjoint\textsuperscript{1229}.

La privation du droit d’usage et d’habitation ne doit pas être équivoque. Faut-il le spécifier clairement ou une formule disant que le \textit{de cujus} entend priver son conjoint de tous droits dans sa succession suffit-elle ? La privation du droit au logement peut-elle également être implicite, par exemple en léguant le logement à un tiers ou en l’instituant légataire universel ? Lorsque le legs est fait par testament olographe, on

\begin{footnotesize}
\begin{enumerate}
\item[1226] \textsc{Vidalies A.}, \textit{Rapport AN} n° 2910, p. 28 et 29.
\item[1228] \textit{Cf. infra} n° 321.
\item[1229] \textsc{Vignreau D.}, Les droits successoraux du conjoint survivant », \textit{LPA} 2002, n° 195, p. 11.
\end{enumerate}
\end{footnotesize}
peut penser qu’il sera inopposable au conjoint survivant puisqu’il ne respecte pas les conditions de forme de l’exhérédation. Le légataire se verra ainsi transmettre le bien grevé du droit d’usage et d’habitation\textsuperscript{1230}. Il semblerait que la jurisprudence aille en ce sens\textsuperscript{1231} en excluant la privation du droit au logement par testament olographe antérieur à la loi du 3 décembre 2001 et en rappelant que la privation du droit viager ne peut avoir lieu que par voie authentique.

En revanche, si le legs a lieu par testament authentique, la question est plus délicate. Selon certains auteurs, le legs exclut le droit d’usage et d’habitation\textsuperscript{1232} tandis que pour la doctrine majoritaire, la charge grèverait la libéralité\textsuperscript{1233}. En effet, on peut penser que le notaire aura informé le testateur de l’existence du droit d’usage et d’habitation et que si le testateur n’en a pas privé expressément son conjoint, c’était qu’il souhaitait qu’il conserve ce droit. On peut pourtant avancer qu’une fois le bien légué par testament authentique, il ne dépend plus de la succession et que le droit au logement ne peut plus s’y appliquer.

Les mêmes conditions de forme s’appliquent en cas de modification du droit viager au logement. Ainsi, le \textit{de cujus} peut choisir de limiter la faculté de location du bien, par exemple.


427. **Le logement est un bien commun** - Une difficulté subsiste toutefois : la privation du droit au logement est-elle possible lorsque le logement est, comme dans la plupart des cas, un bien commun ? Les travaux préparatoires sont muets sur ce point. La doctrine résout cette difficulté en s’appuyant sur l’article 1423 alinéa 1er du Code civil, lequel dispose que « *le legs fait par un époux ne peut excéder sa part de communauté.* » Ainsi, comme il est impossible pour un époux de légérer un bien de communauté au-delà de sa part, il lui est tout autant impossible de priver son conjoint du droit viager sur la totalité du logement habituel des époux. En outre, la fonction de ce droit au logement est de protéger le conjoint survivant. L’exception ne pourrait valoir que pour admettre l’exception, or, dans le cas du droit viager au logement, l’exception est constituée lorsque le logement est un bien propre ou personnel.\(^{1234}\)

Toutefois, on peut à l’inverse estimer que le droit d’usage est indivis, en privant d’une partie, on prive de la totalité. En outre, interdire à un époux de priver son époux de son droit au logement revient à faire produire plus d’effet à la loi que ce qu’en a voulu le législateur. Puisque ce droit au logement est fondé sur l’affection réelle, on doit en prendre toute la mesure et permettre à un époux de priver son conjoint de son droit au logement sur la part du logement commun revenant aux héritiers du *de cujus* et par conséquent sur le tout.

On peut également opposer un autre argument. Lors du partage de communauté, le conjoint survivant bénéficie de l’attribution préférentielle du local d’habitation lorsqu’il y réside à la dissolution de l’union et lors du partage\(^ {1235}\). Ainsi, même si le *de cujus* le prive de son droit d’usage et d’habitation sur le logement commun, le


\(^{1235}\) Article 831-2 du Code civil.
conjoint survivant pourra en demander l’attribution préférentielle. Toutefois, si la succession ne comprend que le logement, il devra posséder des fonds suffisants en propre pour payer la soulte due aux héritiers du *de cujus*.

§ II – L’usufruit légal ou conventionnel du conjoint survivant concurrençant la réserve des enfants

428. **Plan** - Le conjoint survivant ne bénéficie pas d’une réserve lorsqu’il est en concours avec des descendants. Toutefois, il peut recueillir de larges droits successoraux en usufruit, qui peuvent porter sur la réserve des descendants, soit *ab intestat* lorsque les enfants sont issus des deux époux soit par une institution contractuelle dite « donation entre époux » (1). L’objet de cet usufruit sera différent selon les biens présents dans la succession (2).

A – Les droits *ab intestat* ou conventionnels du conjoint survivant

429. **Plan** - Le conjoint survivant peut bénéficier, par ses droits *ab intestat* (1) ou conventionnellement (2), de l’usufruit universel sur la succession. Ainsi, cet usufruit s’exercera sur la réserve des enfants qui ne bénéficieront que d’une réserve en nue-propriété.

1 – Les droits *ab intestat* du conjoint survivant
430. **Option du conjoint survivant** - Conformément à l’article 757 du Code civil, le conjoint survivant bénéficie, au décès du *de cujus*, d’une option entre un quart en pleine propriété ou la totalité de la succession en usufruit. Toutefois, lorsqu’un ou plusieurs enfants ne sont pas issus des deux époux, le conjoint n’a plus d’option et recueille un quart en pleine propriété. En effet, lors des débats parlementaires, le législateur n’a consenti à amputer la réserve des descendants de l’usufruit qu’en l’existence d’enfant commun puisqu’on pouvait alors s’assurer du décalage de génération et présumer une relation d’amour entre le conjoint survivant et les descendants réservataires. Lorsque le conjoint survivant recueille l’usufruit universel, les descendants réservataires ne reçoivent leur réserve qu’en nue-propriété, la pleine propriété leur étant rendue à l’extinction de l’usufruit au décès de leur second parent.

431. **Assiette de l’usufruit universel** - Cet usufruit universel\(^\text{1236}\) porte sur les biens existants soit ceux que le *de cujus* laisse à son décès et dont il n’a pas disposé entre vifs\(^\text{1237}\). Il ne porte pas sur les biens restitués par voie de rapport et de réduction.

En revanche, la question de savoir si l’usufruit universel porte sur les biens légués pose plus de difficultés en raison du silence de l’article 757 du Code civil. En effet, on trouve dans le Code civil plusieurs acceptions du terme « biens existants ». Si l’on se réfère à l’article 922 du Code civil, les biens existants comprennent les biens légués. En effet, selon cet article, la réduction est déterminée en formant une masse de calcul comprenant tous les biens existants au décès du donateur auxquels on réunit fictivement, après avoir déduit les dettes, ceux dont le *de cujus* a disposé entre vifs ; tandis que l’article 758-5, déterminant la masse de calcul du quart en propriété du conjoint, précise que ce calcul s’opère sur une masse faite de tous les biens existants au décès du *de cujus* auxquels on réunit fictivement ceux dont il a disposé par actes entre vifs ou testamentaire au profit de successful sans dispense de rapport.

\(^{1236}\) Dans le cadre de cette étude, seul l’usufruit, portant sur la réserve, sera étudié. En effet, le quart en propriété portant sur la quotité disponible ne pose pas de difficulté puisqu’il permet de servir la réserve des enfants en totalité.
Ainsi, au sens de l’article 758-5, les legs préciputaires ne font pas partie des biens existants. Cet article est la reprise de l’ancien article 767 du Code civil qui précisait les biens sur lesquels portait le quart en usufruit du conjoint survivant avant la loi du 3 décembre 2001.

La doctrine, quant à elle, est partagée sur la question de l’usufruit du conjoint et des biens légués. Une partie de la doctrine est d’avis que les biens légués sont exclus des biens existants et reviennent au légataire en pleine propriété. D’autres auteurs considèrent tout de même que les biens existants sont constitués des legs rapportables mais pas de la fraction réductible des legs préciputaires. Enfin, une dernière analyse est proposée et consiste à dire que les legs préciputaires qui n’excèdent pas la quotité disponible sont exempts de l’usufruit du conjoint mais que les legs rapportables, qui allotent les descendants de leur réserve, et la fraction réductible des legs préciputaires supportent l’usufruit du conjoint survivant qui a pour effet de faire porter l’usufruit universel sur la réserve des enfants. Cette interprétation doit être retenue car elle paraît conforme à l’esprit de la loi en permettant au de cujus de conserver sa liberté de disposer tout en autorisant le conjoint à jouir de son usufruit sur la réserve des enfants.

Les libéralités reçues du défunt par le conjoint survivant s’imputent sur ses droits successoraux. Si celles-ci sont inférieures à l’usufruit universel, le conjoint peut en réclamer le complément conformément à l’article 758-6.

Le conjoint peut également recevoir des droits successoraux différents voire plus importants grâce à une institution contractuelle.

2 – La quotité disponible spéciale entre époux

432. **Quotité disponible spéciale entre époux** - Lors de la rédaction du Code civil, le législateur a instauré une quotité disponible spéciale, en présence d’enfant ou descendant, en faveur du conjoint survivant d’un quart en propriété et un quart en usufruit ou de la moitié en usufruit. Il était toutefois impossible de le gratifier en sus de la quotité disponible ordinaire.

La loi du 13 juillet 1963 a modifié l’ancien article 1094\(^{1242}\) en permettant à l’époux de gratifier son conjoint soit de la quotité disponible ordinaire, soit du quart en propriété et des trois quarts en usufruit de la succession, soit de la totalité de la succession en usufruit. Ce choix est exercé par le *de cujus* lequel peut toutefois laisser à son conjoint la possibilité d’opter à son décès.

433. **Le cumul des quotités disponibles ordinaires et spéciales – Ancien système** - Lorsque le législateur a augmenté la quotité disponible spéciale entre époux, s’est posé la question de sa combinaison avec la quotité disponible ordinaire. Si ces deux quotités pouvaient se cumuler, le conjoint aurait alors reçu la quotité disponible ordinaire, soit la moitié en pleine propriété augmentée de la moitié en usufruit en présence d’un enfant ou un tiers en propriété et deux tiers en usufruit en présence de deux enfants alors que la quotité disponible spéciale entre époux n’est que d’un quart en pleine propriété et de trois quarts en usufruit. Antérieurement à la loi du 13 juillet 1963, la jurisprudence avait décidé d’enfermer les libéralités faites par le défunt dans une double limite.

---

\(^{1242}\) Devenu l’article 1094-1.
Tout d’abord, chaque gratifié ne pouvait recevoir au-delà du disponible qui lui est propre 1243. Ensuite, l’ensemble des libéralités ne pouvait dépasser la quotité spéciale entre époux la plus étendue afin de garantir l’intégrité de la réserve 1244. Toutefois, la comparaison pouvait s’avérer difﬁcile. Ainsi, en présence d’un enfant, la quotité disponible ordinaire était d’une moitié tandis que la quotité disponible spéciale entre époux était d’un quart en propriété et trois quarts en usufruit. Aﬁn de déterminer la quotité la plus étendue, la jurisprudence procédait à une évaluation de l’usufruit en recherchant son équivalence avec la nue-propriété. Pour cela, les jûges évaluèrent l’espérance de vie probable du conjoint survivant en fonction de son âge et de son état de santé. En outre, l’imputation des libéralités suivait des règles particulières. Si les libéralités aux tiers et au conjoint survivant étaient simultanées, alors la jurisprudence réduisait d’abord chaque libéralité au disponible propre de chaque gratifié puis réduisait proportionnellement les diverses libéralités contemporaines aﬁn que le total ne dépasse pas le montant de la quotité disponible la plus forte telle qu’elle avait été déterminée. Cette réduction proportionnelle impliquait une imputation simultanée de toutes les libéralités contemporaines sur la quotité disponible la plus étendue et une conversion des libéralités en usufruit en une valeur en pleine propriété. En revanche, si les libéralités étaient successives, l’imputation se faisait par ordre d’ancienneté sur la quotité disponible ordinaire pour toutes les libéralités 1245. Une fois la quotité disponible ordinaire épuisée, le supplément éventuel de quotité disponible spéciale était réservé aux libéralités faites au conjoint survivant 1246. Cela signiﬁe que si les libéralités faites au conjoint survivant avaient épuisé la quotité disponible ordinaire, les libéralités postérieses adressées à des tiers devaient être réduites 1247. Ce système avait pour intérêt de protéger eﬃcacement la réserve héréditaire et la subsistance des enfants et descendants puisqu’ils étaient assurés de recevoir une part de la succession en pleine propriété.

1243 Civ. 4 janvier 1869 : D.P. 1869, 1, 10 ; Civ. 30 décembre 1902, S. 1904, 1, 313, note NAQUET ; D.P. 1903, 1, 151.
1244 Req. 20 décembre 1847 : D.P. 1848, 1, 16 ; Civ. 12 juillet 1848 : D.P. 1848, 1, 164 ; Req. 3 juin 1863 : S. 1863, 1, 417 ; Civ. 30 décembre 1902.
1245 Civ. 7 mars 1849 : D 1849.195.
1246 Civ. 7 janvier 1824 ; Civ. 21 mars 1837 ; Civ. 24 juillet 1839 ; Civ. 22 novembre 1843.
1247 Civ. 27 décembre 1848 : D.P. 1849, I, 57 ; Civ. 4 août 1846 : D.P. 1846, 1, 382.
434. Le cumul des quotités disponibles ordinaires et spéciales – Nouveau système
- Un arrêt rendu par la Cour de cassation le 26 avril 1984 confirmé les 20 février 1996 et 12 mai 2010 remet en cause ce système et consacre l’autonomie du disponible en usufruit. Désormais, les libéralités consenties au conjoint en usufruit s’imputent sur la quotité disponible spéciale en usufruit tandis que les libéralités adressées aux tiers s’imputent sur le disponible ordinaire. Ainsi, le de cujus garde la faculté de disposer en usufruit au profit de son conjoint alors qu’il a épuisé la quotité disponible ordinaire ou encore de disposer au profit d’un tiers alors qu’il a épuisé la quotité disponible spéciale entre époux en usufruit. En outre, le montant total des libéralités ne peut excéder la quotité disponible ordinaire en pleine propriété augmentée du disponible spécial en usufruit, ce que les commentateurs de l’arrêt ont nommé le cumul partiel des quotités. Même si le conjoint ne peut recevoir plus que son disponible spécial, le de cujus peut disposer de l’excédent de la quotité disponible ordinaire dont il n’a pas pu disposer au profit de son conjoint, au profit d’un tiers et priver ainsi ses descendants de la totalité de l’usufruit de la réserve et de la propriété de la quotité disponible ordinaire.

Cette nouvelle méthode d’imputation est favorable au conjoint survivant puisqu’elle lui garantit de recevoir au moins l’usufruit de la réserve. En revanche, certains auteurs ont critiqué l’atteinte excessive à la réserve des enfants du fait du cumul partiel des quotités qu’elle engendre même si cette atteinte est censée n’être que temporaire.

---

Il convient à présent d’étudier l’objet des droits en usufruit dont le conjoint peut bénéficier.

B – L’objet de l’usufruit du conjoint survivant


436. Régime du quasi-usufruit - Lorsque l’usufruit porte sur des choses qui se consomment par le premier usage, se crée alors un quasi-usufruit défini à l’article 587 du Code civil. Il n’est en effet pas possible d’user de ces choses sans les détruire, l’usus se confond alors avec l’abusus1252. Ainsi, le quasi-usufruitier est titulaire de l’usus, du fructus et de l’abusus ; il devient propriétaire des choses consomptibles selon la majorité de la doctrine1253. Quant au nu-propriétaire, il perd son droit réel au profit d’un droit de créance contre le quasi-usufruitier puisque le quasi-usufruit autorise l’usufruitier à se servir des choses consomptibles1254 ou à les aliéner1255 mais

1255 Ainsi, l’usufruitier d’un fonds de commerce a le droit d’aliéner le stock sur lequel il dispose d’un quasi-usufruit : Com. 18 novembre 1968 : Bull. civ. IV, n° 324.
à charge de rendre, à la fin de l’usufruit, soit des choses de même quantité et valeur soit leur valeur estimée à la date de la restitution.

437. **L’usufruit universel, un quasi-usufruit ?** - Certains auteurs anciens pensaient que le quasi-usufruit ne se rencontre jamais à l’état isolé mais seulement lorsqu’un usufruit porte sur un ensemble de biens comme un usufruit universel ou à titre universel\(^{1256}\). Cela signifierait que le conjoint survivant, en recevant son usufruit universel bénéficierait d’un quasi-usufruit dont il serait propriétaire à charge de restitution. Toutefois, cette opinion ne peut être retenue car elle s’attache à la conception romaine du quasi-usufruit, laquelle n’a pas été reprise par le Code civil qui fait porter le quasi-usufruit uniquement sur les biens consomptibles.

438. **Objet du quasi-usufruit** - On trouve fréquemment dans les successions des biens qui font l’objet d’un quasi-usufruit comme par exemple les deniers dépendant de la succession, qu’ils soient détenus comptants ou en compte bancaire, dont la liquidité est totale\(^{1257}\), mais également le stock dépendant d’un fonds de commerce ou encore les créances tels les portefeuilles obligataires, les comptes à terme, les bons de capitalisation ou les indemnités d’assurance\(^{1258}\). Le quasi-usufruit peut également être stipulé sur des biens non-consomptibles par la volonté de l’homme\(^{1259}\); toutefois la doctrine majoritaire exclut les biens immobiliers arguant qu’il ne s’agit que

---

\(^{1256}\) PLANJOL M., RIPERT G., Traité pratique de droit civil français, t. III par Picard, 2e édition 1952, n° 759.

\(^{1257}\) 15 % des successions ne seraient composées que d’argent liquide : SIRINELLI P., « Le quasi-usufruit », LPA 1993, n° 87, p. 31 et n° 89, p. 4.


de biens uniques puisqu’aucun bien immobilier ne ressemble à un autre.\textsuperscript{1260} Pourtant, on peut réfuter cette analyse. En effet, les titres de sociétés peuvent faire l’objet d’un quasi-usufruit alors qu’aucune société ne ressemble à une autre.\textsuperscript{1261} Si le donateur choisit de stipuler un quasi-usufruit sur un bien, c’est qu’il souhaite laisser une liberté accrue au donataire et qu’il considère le bien immobilier donné comme un bien de placement.

Le quasi-usufruit ne s’exerce que sur les biens consomptibles présents dans la succession au décès. Si le conjoint survivant et le nu-propriétaire vendent simultanément la nue-propriété et l’usufruit d’un bien non consomptible, le conjoint survivant ne bénéficiera pas d’un quasi-usufruit sur le prix de vente mais le prix devra être partagé.\textsuperscript{1262}

439. \textbf{Risque pesant sur le quasi-nu-propriétaire} - Le quasi-usufruit n’est pas sans risque pour le nu-propriétaire. Tout d’abord, la détermination de la consistance des biens soumis au quasi-usufruit peut être malaisée.

Ensuite, le nu-propriétaire n’a qu’un droit de créance et devient alors un simple créancier chirographaire sans garantie spéciale de restitution, ni droit de suite, ni droit de préférence.\textsuperscript{1263} Ainsi, si le quasi-usufruitier gère mal son patrimoine et se rend insolvabile, la restitution en valeur ou en nature peut s’avérer impossible.

Enfin, le risque majeur est celui de la dépréciation de la monnaie. Le principe du nominalisme monétaire impose de rendre le montant recueilli dans la succession du premier conjoint. L’inflation monétaire est constante et si le conjoint survivant survit


\textsuperscript{1261} HUBLOT C., « Développements sur le quasi-usufruit : pour une plus grande vigilance » RFN 2014, n° 11, étude 26.


plusieurs dizaines d’années à son conjoint, l’argent du quasi-usufruit pourra être fortement déprécié\footnote{1264}.

En raison de ces inconvénients et pour éviter le quasi-usufruit, les projets Sapin et Méhaignerie proposaient d’introduire un troisième alinéa dans l’article 757 prévoyant le partage des sommes d’argent au décès du de ius « selon la valeur respective de leurs droits compte tenu de l’âge de l’usufruitier et de toute autre circonstance personnelle et sauf convention contraire ». Cela n’a pas été retenu ni dans la loi de 2001 ni dans celle de 2006. Cette proposition posait plusieurs difficultés. Tout d’abord, la méthode de répartition de l’usufruit aurait été à la discrétion des parties\footnote{1265}. En cas de désaccord, quelle méthode aurait été appliquée ?

Ensuite, cette solution n’était pas adaptée au cas le plus courant soit celui d’une veuve âgée quasi-usufruitière et de ses enfants nus-propriétaires. Pourtant, cette proposition aurait permis d’allier subsistance des réservataires et du conjoint survivant. Toutefois, il aurait été judicieux de prévoir que ce partage ne se fasse que sur demande d’une des parties car de nombreux enfants ne souhaitent pas dépouiller leur parent restant, alors que dans le cas d’une recomposition familiale ou de désaccords familiaux, cette solution aurait permis d’éviter les conflits. En outre, il aurait été alors nécessaire que le législateur impose une règle en matière de conversion de l’usufruit.

440. **L’usufruit des biens incorporels** - Lorsque l’usufruit porte sur un bien incorporel tel qu’un portefeuille de valeurs mobilières, un fonds de commerce ou une créance, la Cour de cassation a reconnu, à l’usufruitier, le droit de gérer cette universalité en vendant les titres composant le portefeuille de valeurs mobilières à charge d’en maintenir la substance par remploi du prix et de le rendre\footnote{1266}. Le quasi-usufruit et l’article 587 ne s’appliquent pas aux biens incorporels car leur usage ne peut pas se limiter à

\footnotesize
\begin{flushleft}
1264 SIRINET P., « Le quasi-usufruit », *LPA* 1993, n° 87, p. 31 et n° 89, p. 34.
1265 Il existe en effet plusieurs méthodes d’évaluation de l’usufruit : une méthode dite « fiscale » qui repose sur l’article 762 du CGI et une méthode économique.
\end{flushleft}
leur aliénation notamment en raison de leur nature frugifère\textsuperscript{1267}. Ainsi, cet usufruit se distingue du quasi-usufruit par l’obligation de conserver la substance du portefeuille en remployant les fonds provenant de la vente des titres\textsuperscript{1268}. A défaut de remploi, l’usufruitier risque la déchéance de l’usufruit et le remboursement des sommes perçues.

441. **Conclusion de section** – La loi accorde parfois des droits complétant la réserve de certains héritiers ou concurrençant la réserve d’un autre héritier. Ainsi, le droit temporaire et viager au logement concurrence la réserve des enfants, ou complète la réserve du conjoint survivant, en donnant au conjoint un droit d’usage et d’habitation d’un an ou un droit viager sur le logement dépendant de la succession. Toutefois, ces droits n’ont pas le même effet. Alors que le droit temporaire au logement ne dure qu’un an et a pour but de laisser le temps au conjoint de régler sereinement la succession, le droit viager au logement confère un droit d’usage et d’habitation élargi en faveur du conjoint survivant, lequel peut porter sur la réserve des enfants.

La possibilité ouverte au conjoint de recueillir un usufruit universel dans la succession, que ce soit *ab intestat* ou conventionnellement vient également concurrencer la réserve des enfants en ne leur laissant qu’une réserve en nue-propriété. Or, nous avons démontré la dangerosité de ne donner qu’une nue-propriété aux enfants dans la section précédente.

§ III – Le droit de retour des père et mère

\textsuperscript{1267} NAUDIN E., *op. cit.*, § 422, p. 197.

442. **Un palliatif à la réserve des père et mère** – Le droit de retour des père et mère est un moyen de conserver les biens dans la famille en organisant le retour des biens donnés.\(^{1269}\)

443. Toutefois, le droit de retour des père et mère a été créé à la suite de la suppression de la réserve des père et mère. Il constitue, par conséquent, un palliatif à cette suppression. Plusieurs arguments vont en ce sens : tout d’abord, le droit de retour peut s’exécuter en valeur. Ensuite, sa quotité, égale à la valeur du bien dans la limite du quart de l’actif net successoral, est identique à la quotité de l’ancienne réserve des ascendants.\(^{1270}\) Le droit de retour des père et mère n’est ainsi fondé ni sur la seule fonction de conservation des biens dans la famille, ni sur la seule fonction de subsistance des père et mère, ce qui explique que son régime tient à la fois du droit de retour et de la réserve héréditaire.

444. **Concours entre le droit viager au logement et le droit de retour légal des père et mère** – Selon certains auteurs et les travaux parlementaires, le droit de retour des père et mère aurait vocation à s’exercer en présence du

---

\(^{1269}\) C’est la raison pour laquelle nous l’avons déjà été étudié *infra* n° 58 et suiv. dans le chapitre traitant des droits de retour.

\(^{1270}\) Conformément à l’ancien article 914 du Code civil qui disposait : « Les libéralités, par actes entre vivants ou par testament, ne pourront excéder la moitié des biens, si, à défaut d’enfant, le défunt laisse un ou plusieurs ascendants dans chacune des lignes, paternelle et maternelle, et les trois quarts s’il ne laisse d’ascendants que dans une ligne. Les biens ainsi réservés au profit des ascendants seront par eux recueillis dans l’ordre où la loi les appelle à succéder : ils auront seul droit à cette réserve dans tous les cas où un partage en concurrence avec des collatéraux ne leur donnerait pas la quotité de biens à laquelle elle est fixée. »
conjoint survivant\textsuperscript{1271}. Or, ce droit de retour des père et mère entre en conflit avec le droit viager. En effet, si les parents exercent leur droit de retour légal, le conjoint ne pourra plus bénéficier du droit viager d’habitation, faute de logement dépendant entièrement de la succession. Et si le conjoint exerce son droit viager d’habitation, ses beaux-parents ne pourront plus recueillir une quote-part du bien en pleine propriété et ne recueilleront pas les fruits du bien. Ces deux droits ne peuvent être mis en œuvre de manière conjointe\textsuperscript{1272}. Quel droit doit-on faire primer ? Cette question est problématique puisqu’il s’agit de deux droits de nature successoriale\textsuperscript{1273}. On pourrait arguer que le droit de retour des père et mère est impératif et d’ordre public tandis que le droit viager peut être écarté par la volonté du défunt traduite par un testament authentique et n’est que supplétif. Dès lors, en présence d’un concours d’un droit impératif d’ordre public et d’un droit supplétif, le premier devrait primer sur le second. Toutefois, on ne peut se fier uniquement au caractère impératif de la règle pour déterminer si elle est d’ordre public. Même si le droit viager peut être écarté, la solennité de cette exclusion tend vers un acte d’ordre public inspiré par la méfiance que le législateur a toujours placée dans le conjoint survivant. L’ordre public se fonde sur des intérêts supérieurs. Or le droit de retour des père et mère, dont le fondement est mixte, s’appuie à la fois sur le retour des biens dans la famille et la subsistance due à ses parents. En revanche, le droit viager est

\textsuperscript{1271} BLANCHARD, « Le conflit du droit viager au logement du conjoint et du droit de retour légal des père et mère », Défroïnôs 2009, p. 2047 ; LEVILLAIN N., Juris-Classseur Liquidations-Partages, V\textsuperscript{o} SUCCESSION – Droit de retour légal des père et mère, 2007, § 23 : Selon Nathalie LEVILLAIN N., le fait que l’article 738-2 du Code civil se trouve dans la partie intitulée « Des droits des parents en l’absence de conjoint survivable » n’est pas pertinent car il est inscrit dans une section générale consacrée aux droits des héritiers autres que le conjoint survivable.


\textsuperscript{1273} voir supra n° 65.
entièremment fondé sur la subsistance. Il paraît difficile de déshabiller les père et mère pour habiller le conjoint et inversement. Toutefois, le législateur peut, de lui-même, apporter des dérogations à l’ordre public et on peut penser que le droit viager au logement constituerait ainsi une dérogation au droit de retour légal des père et mère puisque dans l’ordre public successoral, le conjoint survivant prime les père et mère. Mais cela signifie que la subsistance des père et mère n’est pas assurée. Il a été proposé, pour résoudre cette difficulté, de permettre l’exercice du droit de retour en valeur afin de concilier ces deux impératifs d’autant qu’une exécution en valeur est prévue par l’article 738-2 du Code civil en cas d’aliénation du bien. En effet, l’exercice du droit viager du conjoint fonderait l’impossibilité du retour en nature ouvrant ainsi le droit au retour en valeur. Toutefois, la loi restreint strictement le retour en valeur au cas où le retour ne peut s’exercer en nature alors que dans ce cas précis, le retour en nature peut avoir lieu même s’il a pour effet de priver le conjoint de son droit viager au logement.

Outre son droit au logement, le conjoint survivant bénéficie de droits successoraux

445. **Conclusion du chapitre** – Depuis la loi du 23 juin 2006, la réserve en valeur est le principe ne laissant qu’une créance aux réservataires lorsque le de cujus a disposé à titre gratuit des biens successoraux ayant vocation à composer la réserve. Toutefois, on ne peut pas affirmer que la réserve est devenue une *pars bonorum*, même si elle s’en rapproche, pour trois raisons : tout d’abord, il est nécessaire de se porter héritier pour obtenir sa réserve. Ensuite, la réserve porte sur les biens successoraux puisqu’hormis le cas où le

---


1275 Ainsi qu’il a déjà été dit *supra* no 68, lorsque les parents souhaitent conserver un bien dans la famille, ils stipulent un droit de retour conventionnel. L’hypothèse du concours entre le droit légal de retour des père et mère et le droit viager risque de n’être qu’un cas d’école ou alors de ne porter que sur des biens de faible valeur ou qui ont été fortement enrichis par les époux (comme un terrain familial surbâti par les époux). Le retour en valeur serait la solution idéale.

de cujus a disposé de la totalité de son patrimoine à titre gratuit, les réservataires pourront se voir attribuer des biens de la succession. Enfin, les modes de calcul de la réserve, de la réduction et du cantonnement des charges démontrent que la réserve porte sur des biens et pas simplement sur une somme d’argent. Le législateur a simplement pris en compte l’introduction de la dette de valeur des biens dans le droit successoral en permettant que le réservataire puisse ne recevoir qu’une créance.

Le législateur a, par ailleurs, mis à mal le fondement alimentaire de la réserve. En effet, en accordant des droits concurrents à la réserve des descendants au conjoint survivant, tels que les droits temporaires et viagers au logement ou encore la quotité disponible spéciale entre époux et l’usufruit universel ab intestat du conjoint survivant, il est porté atteinte à la réserve des descendants. La réserve pars hereditatis impose de se porter héritier et ainsi d’être tenu aux dettes alors que l’actif revenant aux descendants sera trop souvent grevé d’usufruit.
446. Conclusion du Titre II – La fonction de subsistance a toujours été au cœur de la réserve. Elle n’a toutefois pas toujours pris la forme d’une réserve. En droit romain, la légitime était *pars bonorum*. Les héritiers bénéficiaient d’une créance contre l’héritier institué sur le fondement du devoir de piété de leur parent. En droit coutumier, en revanche, la soutenance des puînés et des filles imposait, à l’aîné gratifié, de pourvoir à la situation de ses frères et sœurs. La soutenance a ensuite laissé sa place à la légitime de droit romain mais introduite *pars hereditatis*. Le douaire de la veuve, quant à lui, donnait un usufruit sur une part des biens propres du mari à la veuve. Lorsque les rédacteurs du Code civil ont créé la réserve du Code civil, ils ont repris, pour une large part, la légitime coutumière avec son fondement alimentaire mais sa nature *pars hereditatis*.

Dans le droit contemporain, la fonction de subsistance est toujours au cœur de la réserve puisqu’on observe un glissement vers une réserve – créance dans la succession. En outre, le législateur tend à offrir de nouveaux droits alimentaires à d’autres héritiers allant jusqu’à concurrencer leur réserve. C’est ainsi le cas du conjoint survivant qui bénéficie d’un droit temporaire et viager au logement et d’un usufruit universel soit *ab intestat* soit conventionnel. Les descendants peuvent ainsi voir leurs aliments différés jusqu’au décès du conjoint, ce qui est contraire à la vocation alimentaire de la réserve.
Conclusion de la seconde partie

447. La famille a, de tout temps, été un instrument de solidarité familiale. La fonction de subsistance de la réserve existe depuis le droit romain et la création de la *querela inofficiosi testamenti* fondée sur le devoir de piété. En droit coutumier, elle existait également de façon sous-jacente grâce à la soutenance puis plus tard à la légitime coutumière. La veuve était également protégée par le douaire qui lui donnait un droit d’usufruit sur une partie des biens propres de son époux. La réserve du Code civil est également fondée sur le devoir de subsistance.

En droit contemporain, cette fonction prend l’ascendant sur la fonction de promotion d’un modèle familial en raison de la montée de l’individualisme dans la société. La nature de la réserve tend à se rapprocher d’une créance en raison de la généralisation de la réserve en valeur et de ce qu’elle devient une part privative de la succession affectée à un héritier réservataire. Toutefois, il s’agit toujours d’une créance particulière assise sur les biens de la succession.

Le législateur a également voulu compléter ou donner de nouveaux droits alimentaires à certains héritiers. Ainsi, le conjoint survivant bénéficie désormais d’un droit temporaire et viager au logement et d’un usufruit légal ou conventionnel portant sur la réserve des enfants. Mais, la volonté du législateur de donner une subsistance à plusieurs personnes entraîne une diminution qualitative de la réserve. Très souvent, les enfants n’ont, en présence d’un conjoint survivant, qu’une réserve différée au décès de ce conjoint alors qu’ils sont tenus et obligés aux dettes de la succession.
Conclusion générale

448. Conclusion - La réserve a, de tout temps, rempli deux rôles : un rôle politique d’organisation de la société et un rôle social de promotion d’un modèle familial et de subsistance.

Le rôle politique a varié au fil du temps. En droit coutumier, il soutenait la conservation des biens propres et nobles dans la famille dans les mains de l’aîné, dans le but d’avoir des familles puissantes. La réserve coutumière n’était pas le seul instrument permettant la conservation des biens dans la famille puisqu’elle était complétée par les privilèges d’aïnesse et de masculinité pour les biens nobles, ainsi que par la succession contractuelle. Toutefois, les inégalités engendrées par la conservation des biens dans la famille a renversé cette fonction lors de la Révolution. Dans le Code civil, c’est l’égalité qui est prônée par la réserve, cette égalité servant également à disperser les biens. La réserve pars hereditatis et la prohibition de la succession contractuelle du Code civil permettent d’atteindre ce but. Dans le droit contemporain, l’égalité apparaît toutefois comme un frein à la liberté de disposer et à la volonté du de cujus. La loi du 23 juin 2006 a tenté de ranimer les successions contractuelles afin de donner plus de liberté au de cujus en supprimant la prohibition des substitutions fidéicommissaires et en créant de nouveaux pactes sur succession future. Toutefois, le législateur s’est parfois laissé entraîner trop loin dans cette voie. On peut citer le mandat à effet posthume qui donne la liberté au de cujus de priver ses héritiers réservataires de la gestion de leur réserve, après son décès. Même si ce mandat est borné par l’obligation d’avoir un intérêt légitime et sérieux au regard de l’héritier ou du patrimoine successoral, il porte une atteinte grave à la réserve héréditaire. En effet, les pouvoirs du mandataires sont très étendus et l’héritier ne peut se défaire du mandat qu’en vendant les biens, objet du mandat ou en arguant judiciairement de la disparition de l’intérêt sérieux et légitime.

Les substitutions fidéicommissaires, ranimées par le législateur de 2006, ne sont pas exemptes de critiques. En effet, le simple consentement du grevé dans l’acte de
donation permet d’imposer la charge de conserver et transmettre sur la réserve. Pire, si la charge est prévue dans un testament, l’acceptation est présumée au bout d’une année. Ces dispositions témoignent de la volonté du législateur de faire primer la volonté du *de cujus* sur la protection de la réserve et elles doivent être modifiées.

Enfin, la renonciation à l’action en réduction autorise désormais le réservataire à renoncer par anticipation à son action en réduction, dès avant le décès du *de cujus*. Or, cette renonciation cristallise toutes les critiques puisqu’elle est extrêmement dangereuse pour le renonçant. Celui-ci renonce à exercer son action en réduction au profit d’un bénéficiaire mais il ne peut exiger ni contrepartie, ni renonciation conditionnelle. En outre, il engage ses représentants. Enfin, alors qu’il ne peut plus agir en réduction, il reste tenu au passif de la succession.

Le rôle social de la réserve protège deux aspects : la composition de la famille tout d’abord, puis sa subsistance. La réserve permet tout d’abord de structurer et protéger la famille. Cette fonction était particulièrement présente en droit romain, afin de préserver la *gens* puis la *familia*. Le Code civil protégeait également la famille composée d’un couple marié en premières noces et de ses enfants légitimes. Elle restreignait les droits successoraux et la capacité de disposer envers les enfants illégitimes et les conjoints subséquents. Ce rôle de protection de la famille s’amoidrit dans le droit contemporain puisque la famille est devenue individualiste. En revanche, la famille est un mécanisme important de solidarité familiale puisque la fonction de subsistance prend de l’ampleur. La famille a toujours été un instrument de solidarité familiale, que ce soit en droit romain, coutumier ou dans le Code civil et tend à le devenir de plus en plus en droit contemporain. Ainsi, la réserve tend à se rapprocher d’une créance, même si elle reste assise sur les biens successoraux. Elle tend également à être complétée par de nouveaux mécanismes ayant aussi un but alimentaire tels que les droits au logement du conjoint survivant ou l’usufruit légal ou conventionnel du conjoint. En revanche, même s’il a voulu faire de la réserve un instrument de solidarité familiale pour tous les membres de la famille, le législateur a manqué son but. En effet, les descendants, en présence d’un conjoint survivant, ne bénéficient que d’une réserve différée, voire d’une « espérance » de réserve. Ainsi, la subsistance à laquelle ils auraient droit est repoussée au décès du second conjoint alors que les descendants sont tenus au passif. Il apparaît donc nécessaire de remettre
à plat les droits du conjoint et des descendants afin de trouver une articulation satisfaisante entre les droits à subsistance de tous les membres de la famille.

La société devient de plus en plus individualiste et revendique toujours plus de liberté. L’étude des deux fonctions de la réserve aux travers des âges nous démontre que la réserve héréditaire est un instrument souple, capable de s’adapter aux évolutions de la société puisque les fonctions politiques et sociales ont varié dans le temps. La réserve est encore utile puisqu’elle constitue un contrepoids à la montée de l’individualisme dans notre société. Elle est l’instrument privilégié de l’État pour préserver les équilibres entre les patrimoines.
Bibliographie

I - Ouvrages généraux, traités et manuels

AUBRY Charles, RAU Charles,

- *Cours de droit civil français d’après la méthode de Zachariae*, t. VI, 4ème éd., 1873.
- *Cours de droit civil français d’après la méthode de Zachariae*, t. VII, 4ème éd., 1875.
- *Cours de droit civil français d’après la méthode de Zachariae*, t. VIII, 4ème éd., 1883.


BUREAU Dominique, MUIR WATT Horatia, Droit international privé, t. 1, éd. PUF, 2014


COLIN Ambroise, CAPITANT Henri, JULLIOT DE LA MORANDIÈRE Léon,

• Cours élémentaire de droit civil français, t. III, les régimes matrimoniaux, les successions, les libéralités, 10ème éd. par, Dalloz, 1950.
• Traité de droit civil, tome II, éd. Dalloz, 1959.


DEMOLOMBE Charles, Cours de Code Napoléon,

• t. IV, Traité des successions, 2ème éd. Auguste Durand, 1862.
• t. V, Traité des successions, 2ème éd. Auguste Durand, 1862.
• t. I, Traité des donations entre vifs et testaments, éd. Auguste Durand, 1861.
• t. II, Traité des donations entre vifs et testaments, éd. Auguste Durand, 1862.
• t. III, Traité des donations entre vifs et testaments, éd. Auguste Durand, 1863.
• t. IV, Traité des donations entre vifs et testaments, éd. Auguste Durand, 1864.
• t. V, Traité des donations entre vifs et testaments, éd. Auguste Durand, 1865.
• t. VI, Traité des donations entre vifs et testaments, éd. Auguste Durand, 1866.


LARROUMET Christian,


MALAURIE Philippe, AYNÈS Laurent,


MARCADÉ Victor,

- *Explication théorique et pratique du Code civil*, tome IV, 7ème édition Delamotte et fils, 1873.

MARTY Gabriel, RAYNAUD Pierre,


PLANIOL Marcel, RIPERT Georges, PICARD Maurice, Traité pratique de droit civil français, t. III par, 2ème édition 1952.


RONDEAU-RIVIER Marie-Christine, Le remariage, thèse Lyon, 1981.


TERRÉ François et LEQUETTE Yves, Les successions, les libéralités, Dalloz, 3e édition, 1997.


TROPLONG Maurice, Le droit civil expliqué, De la vente, tome premier, chez Carles Hingray, Librairie-éditeur, 1834.


ZENATI-CASTAING Frédéric, REVET Thierry, Les biens, 3ème éd. PUF, 2008.

II - Ouvrages spéciaux, thèses, monographies


BEAUTEAMS-BEAUPRÉ C. -J., De la portion des biens disponibles et de la réduction, éd. A Durand, 1855-1856.


BRENNER Claude,

• Juris-Classeur Civil Code, V° SUCCESSIONS – Réserve héréditaire. 
  Quotité disponible. Réduction des libéralités excessives. – 

BROWN N., WESTON C. A., Juris-Classeur notarial répertoire - droit comparé, V° 
Grande-Bretagne. - Droit anglais – Donations, successions, trusts, droit international 
privé, 1997.

CARBONNIER Jean, Introduction à Droit et passion du droit sous la Ve 

CARBONNIER Jean, CATALA Pierre, DE SAINT AFFRIQUE Jean, MORIN 

CATALA Pierre, Juris-Classeur Civil Code, V° Des droits du conjoint successful – 

CHIANÉA Gérard, Histoire des institutions publiques de la France, T. I – Du 
démembrement à la reconstitution de l’Etat (476-1492), coll. Droit en plus, éd. PUG, 
1996

COLLARD Fabrice, Juris-Classeur Notarial Formulaire, V° DONATIONS ENTRE 
VIFS. - Donation graduelle, Clause de remploi, 2013.

COIN-DELISLE J. -B. -C., Limite du droit de rétention par l’enfant donataire 
renonçant, Librairie de jurisprudence de Cotillon, 1852.

COLOMBET Claude, FOYER Jacques, HUET-WEILLER Danièle, 
LABRUSSE-RIOU Catherine, La filiation légitime et naturelle – Étude de la loi du 


DEBORDEAUX Danièle, STROBEL Pierre, Les solidarités familiales en question 
– Entraide et transmission, éd. LGDJ, 2002.

DELFOSSE Alain, PENIGUEL Jean-François, La réforme des successions et des 

DESBOIS H., Le droit d’auteur en France, 3\textsuperscript{ème} édition Dalloz, 1978.

DRUET, De la légitime en droit romain et de la réserve en droit français, thèse Poitiers, 1863.


FONGARO Éric, NICOD Marc, « Réserve heréditaire, Quotité disponible », Répertoire de droit civil, 2011.


FORGEARD Marie-Cécile, CRÔNE Richard, GELOT Bertrand,


GEGOUT M., Juris-Classeur Civil, V\textsuperscript{o} ORDRE PUBLIC ET BONNES MOEURS, 1979.


GOURJU A., La réserve, étude de droit civil, éd. Rabutot, 1870.


KONYA Li Ioanna, La protection de la famille par la réserve héréditaire en droits français et grec comparé, éd. L. G. D. J, 1997.


LACORDAIRE H.-D., 52ème conférence de Notre-Dame - Oeuvres du Rêvérènd Père Lacordaire, Poussielgue frères, Paris, 1872, 9 vol., t. IV.


LEVILLAIN Nathalie,


• Juris-Classeur Notarial Formulaire, V° SUCCESSION – Mandat à effet posthume, 2011.


MATHIEU Michel,


NICOD Marc,


PAVY A., De la réserve des descendants et ascendants, en droit civil moderne, thèse Douai, 1884.


PERNEY Danielle, La nature juridique de la réserve héréditaire, thèse Nice, 1976.


REVILLARD Mariel, Droit international privé et communautaire : pratique notariale, éd. Defrénnois, 7e éd., 2010.

ROUBIER Paul, Le droit transitoire (conflit des lois dans le temps), Dalloz et Sirey, 2ème édition, 1960.


THÉRY Irène, Couple, filiation et parenté aujourd’hui, Le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée, éd. La documentation française, 1998.

TISSE RAND Alice, L’enfant adultérin, Thèse Strasbourg 1990.


III - Articles, chroniques et rapports

ARNAUD Stéphanie, GINON Sébastien, PETIT Frédéric,

• « Quelques aspects spécifiques de la donation-partage transgénérationnelle », JCP N 2012, 1301.


BEIGNIER Bernard,

• « La restauration de la légitime, le chapitre premier de la novelle 18 de Justinien sera-t-il demain de droit positif?», Dr. fam. 1998, n°9, chron. 12, p. 4.

• « La loi du 3 décembre 2001 : achèvement du statut du logement familial », Dr. fam. 2002, chr. 5.


• « Du cumul de sa vocation successorale et d’une libéralité par le conjoint survivant », Dr. Fam. 2007, comm. 18.


**BEAUBRUN Marcel,**


**BOITELLE Alain,**


BREMONT Vincent,


BRENNER Claude,


• « Le nouveau visage de la réserve héréditaire, RRJ 2008, 33.


CASEY Jérôme,


CATALA Pierre,

- « Pour une réforme des successions », Defrénais 1999, art. 36964.
- « La proposition de loi relative au droits du conjoint survivant » JCP G 2001, n°18, act.
- « La loi du 23 juin 2006 et les colonnes du temples », Dr. Fam. 2006, étude 43.


COIFFARD Didier, « La réserve conjugale », Dr et Patr. 2004, 125.


CORNU Gérard,

• « La naissance et la grâce (à propos du projet de loi sur la filiation) », D. 1971, chr. 165.

• « La filiation », Archives de philosophie du droit, tome 20, 1975, p. 29.


DAURIAC Isabelle,


**DELFOSSE Alain**, « De la renonciation anticipée à l’action en réduction », *JCP N* 2006, n°38, 1301.

**DELFOSSE Alain, PENIGUEL Jean-François**,


**FABRE Hubert**, « La fiducie comme alternative au mandat de protection futur ou comme outil de transmission » *Dr. et Pat.* 2012, 212.

FAUCHER Daniel,


FENOUILLET Dominique, « L’adoption de l’enfant incestueux par le demi-frère de sa mère, ou comment l’intérêt prétendu de l’enfant tient lieu de seule règle de droit », *Dr. Fam.* 2003, chr. 29.


GEMIGNANI Florence, BONNET Gilles,


GHESTIN Jacques,

- « La notion de contrat », *D*. 1990, chr. 147.
- « La Cour de cassation s’est prononcée contre la requalification des contrats d’assurance-vie en contrats de capitalisation », *JCP N* 2005, I, 111.


GOURGUES Jean-Claude, « Le mandat posthume ou le trust à la française », Droit des sociétés 2007, alerte 34.


GRIMALDI Michel,

- « Le mandat à effet posthume », Defrénosi 2007, n°1, p. 3.

GRIMALDI Michel et SAVOURE Bertrand, « L’usufruit et le quasi-usufruit : questions de droit civil » Dr. et Pat. 1999, 76.


HAUSER Jean, DELMAS SAINT-HILAIRE Philippe,

- « Liberté, égalité, familles », LPA 2004, n°92, p. 82.


HUBLOT Guillaume,

- « Quasi-usufruit : limites et perspectives d’avenir », Dr. et Pat. 2003, 121.


JAMBORT Sébastien, « La réforme de la gestion de la succession. – A propos de la loi du 23 juin 2006 », Dr. Fam. 2006, étude 54.


JOURDAIN-THOMAS Fabienne, SCHILLER Sophie, « Quels pouvoirs peuvent être accordés à un mandataire à effet posthume », JCP N 2013, 1212.


LÉCUYER Hervé,


LE GUIDEC Raymond,


LEPROVAUX Jérôme,

- « Dispositions diverses de la loi du 23 juin 2006 », Dr. Fam. 2006, étude 60.


LEPROVAUX Jérôme, DELEROT Maxime, MERCIER Vanessa, « L’impact de la réserve héréditaire sur la réalisation des libéralités graduelles et résiduelles », Dr. et Pat. 2008, n°175, p. 28.


LESBATS Christophe,


• « La privation de la vocation ab intestat et du droit viager au logement du conjoint survivant » JCP N 2011, 1189.

LETELLIER François,

• « La réforme de l’exécution testamentaire. – A propos de la loi du 23 juin 2006 », Dr. Fam. 2006, étude 47.


LEVENEUR Laurent,


LEVILLAIN Nathalie,
• « Renonciation anticipée à l’action en réduction », Dr. Fam. 2006, form. 3.
• « Donation résiduelle et acceptation de la libéralité résiduelle par le second gratifié », Dr. Fam. 2006, form. 1.
• « Donation graduelle et abandon anticipé de l’usufruit », Dr. Fam. 2006, form. 2.
• « La renonciation anticipée à l’action en réduction », JCP N 2006, 1349.
• « Donation graduelle », RFN 2007, form. 1.
• « Préparation d’une donation-partage transgénérationnelle. – Onze questions à se poser » JCP N 2010, 1268.


MALAURIE Philippe,


MORIN G.,

- « Bref aperçu de la loi du 3 juillet 1971 relative aux rapports à succession, à la réduction des libéralités et aux partages d’ascendants (1ère partie) », *Défrénois* 1971, art. 29921,

- « Bref aperçu de la loi du 3 juillet 1971 relative aux rapports à succession, à la réduction des libéralités et aux partages d’ascendants (2ème partie) », *Défrénois* 1971, art. 29932,

- « Bref aperçu de la loi du 3 juillet 1971 relative aux rapports à succession, à la réduction des libéralités et aux partages d’ascendants (3ème partie) », *Défrénois* 1971, art. 29939.


NICOD Marc,


• « Le réveil des libéralités substitutives : les libéralités graduelles et résiduelles du Code civil. –A propos de la loi du 23 juin 2006 », Dr. Fam. 2006, étude 45.


OMARJEE Ismaël,

• « Bref aperçu des mandats de protection future, de fin de vie et à effet posthume », Dr. et Patr. 2007, n°157, p. 20.


OMARJEE Ismaël, LAPIERRE Julien,


PETERKA Nathalie,


PILLEBOUT Jean-François,


PRIEUR Jean, JULIEN SAINT-AMAND Pascal, « Sécuriser et optimiser la transmission de l’entreprise familiale », Dr. et pat. 2007, 158.


REIGNÉ Philippe, « Adoption plénière par la conjointe de la mère d’un enfant conçu à l’étranger avec assistance médicale à la procréation : ni fraude à la loi, ni loi fraudée », *D.* 2014, 1669.


ROY Odile, « La mise en œuvre des nouvelles donations-partages au service de la transmission d'entreprise », *Dr. et Pat.* 2007, n°162, p. 48.

SAGAUT Jean-François,

- « Pour une nouvelle lecture de l’article 1075 du Code civil » *Defrênois* 2003, 1302.
• « Le mandat à effet posthume : regard notarial à destination des chefs d'entreprise », Droit et Patrimoine 2007, n°162, p. 62.


SAUVAGE François,

• « Le logement de la veuve », Dr. et patrimoine, janv. 2003, p. 37
• « La renonciation anticipée à l’action en réduction », AJ Famille 2006, p. 355
• « Le déclin de la réserve héritière précipité par la loi du 23 juin 2006 », JCP N 2008, 1248


SAVOUTRE Bertrand,

• « Les nouvelles donations : place aux libéralités graduelles et résiduelles ! », Revue Lamy droit civil 2006, n°33 p. 27.


Thery R., « Trois conceptions de la famille dans notre droit », D. 1953, chr. 47.


Tisserand-Martin Alice,


VAIREILLE Bernard,


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


VIGNEAU Daniel,


• « L’anticipation de la succession » *JCP N* 2006, 1136.


**ZALEWSKI-SICARD Vivien,**

• « La combinaison des quotités disponibles après la loi du 23 juin 2006 : aspects pratiques », *RJPF* 2009, n°12.


• « Liquidation contenant donation-partage conjonctive transgénérationnelle », *JCP N* 2010, 1235.

IV – Divers

A - Congrès des Notaires de France


Demain la famille, 95\textsuperscript{e} congrès des notaires de France, Marseille 1999.


La sécurité juridique, un défi authentique, 111\textsuperscript{ème} Congrès des Notaires de France, Strasbourg 2015.

B – Rapports

CLERGEAU MARIE-FRANÇOISE, Rapport AN n°2902.

HUYGUE SÉBASTIEN

- Rapport AN n°2850.
- Rapport AN n°3122.

DE RICHEMONT HENRI, Rapport Sénat n°343.


VIDALIES Alain, Rapport AN n°2910
C - Réponses ministérielles


V – Table de jurisprudence

A – Jurisprudence européenne


B – Jurisprudence constitutionnelle

C - Jurisprudence judiciaire

1 – 1ème instance

Paris, 15 janvier 1857 : s. 1857. 2. 301.

Limoges, 27 mai 1867 : S., 1867, 2, 337.

T. civ. Seine, 28 février 1900, D. 1903, II, 489, note BOISTEL.


2 – Cour d’appel

CA Agen, 22 juin 1853 : S. 1853, 2, p. 569 ; DP 1854, 2, p. 108.

CA Bourges, 25 mai 1891, Rép. gén. not. 1891, art. 6387.


CA Lyon, 25 octobre 2001 : Juris-Data n° 157381.


3 - Cour de cassation

480
Cass. 26 juin 1809 : S. t. 9, p. 337 ; Journal du Palais, t. 24, p. 257 ; D. 1812. 326 ; S. 1809. I. 337 ; S. chr. 3. I. 77.

Cass. Req. 17 mars 1812.


Cass. Civ. 7 janvier 1824.


Cass. Civ. 16 mars 1830.

Cass. Civ. 21 mars 1837.


Cass. 7 déc. 1840.

Cass. Civ. 22 novembre 1843.

Cass. Req. 21 janvier 1845 : DP 1845, 1, 104.

Cass. Civ. 4 août 1846 : DP. 1846, 1, 382.


Cass. 31 août 1847 : D. 1847, I, 124.

Cass. Req. 20 décembre 1847 : D. P. 1848, 1, 16.


Cass. Civ. 4 juillet 1853 : S. 1854, 1, p. 108.


Cass. Civ. 8 mars 1858 : DP 1858. 1. 97.

Cass. 15 novembre 1859 : D. 59, 1, 443.

Cass. 31 juillet 1860 : D.P. 60. 1. 458.


Cass. Req. 3 juin 1863 : S. 1863, 1, 417.

Cass. 27 novembre 1863 : D. 1864. 1. 5, note BRESILLION ; S. 1863. 1. 513.

Cass. Civ. 22 janv. 1867 : D. P. 1867. 1. 5, note BEUDANT ; S. 1867. 1. 49, note MOREAU.


Cass. Civ. 4 janvier 1869 : D. P. 1869, 1, 10.

Cass. Civ. 5 juillet 1876 : DP 1877. 1. 277.

Cass. Req. 6 déc. 1876 : D. P. 77. 1. 492 ; S. 77. 1. 67.


Cass. Civ. 23 avril 1888 : S. 1889, 1, 25, note LACINTA.

Cass. 11 juillet 1888 : DP 1889, 1, p. 463.


Cass. Req. 22 octobre 1889 : DP 1890, 1, 82.
Cass. Req. 28 octobre 1889 : *DP* 1890, 1, 67.


Civ. 3 février 1897 : *DP* 1897. 1. 601 note PLANIOL.

Cass. Req. 10 déc. 1900 : *DP* 1901. 1. 209, note GUÉNÉE.

Cass. Civ. 24 juillet 1901 : *DP* 1901. 1. 537 note SARRUT ; *S.* 1901. 1. 433 note LYON-CAEN.

Cass. Civ. 30 décembre 1902 : *S.* 1904, 1, 313, note NAQUET ; *D.P.* 1903, 1, 151.

Cass. Chambres réunies 2 juillet 1903 : *S.* 1904. 1. 65, note LYON-CAEN.

Cass. Req., 19 décembre 1905 : *S.* 1906, 1, p. 188.

Cass. Civ. 2 janv. 1907 : *D.* P. 1907. 1. 137, note COLIN ; *S.* 1911. 1. 585, note WAHL.

Cass. Civ. 11 décembre 1922 : *D.* P. 1925, 1, 121, note CAPITANT ; *S.* 1923, 1, 313, note SIMONNET.


Cass. Civ. 15 février 1926 : *DP* 1927, 1, 8.

Cass. Civ. 27 juin 1933 : *DP* 1934. 1. 94, note SAVATIER ; *S.* 1933, 1, 326; *RTD Civ.* 1934, p. 134, obs. LAGARDE.


Cass. 1ère Civ. 10 juin 1981 : Bull. civ. I, n°201 ; D. 1981, IR 184, obs. ROBERT.


Cass. 1re Civ. 27 janv. 1993 : Dr. et Pat. juin 1993, p. 25.


Cass. 1ère Civ. 28 oct. 2009 : RJPF 2010-1, 45, note DELMAS SAINT-HILAIRE P.


Bibliographie historique

I - Ouvrages généraux


**LEFÈBVRE C.,**

- Cours de doctorat sur l'histoire du droit civil français, L’ancien droit des successions, première partie, Recueil Sirey, 1912
- Cours de doctorat sur l'histoire du droit civil français, L’ancien droit des successions, seconde partie, Recueil Sirey, 1918.


POTHIER R. J.,

- *Œuvres posthumes de M. Pothier, dédiées à Monseigneur le Garde des Sceaux de France, tome Quatrième contenant le traité des successions*, éd. à Orléans Chez Jul. Jean Massot, à Paris Chez Pierre-Théophile Barrots le jeune, 1777.


- *Œuvres posthumes de M. Pothier, dédiées à Monseigneur le Garde des Sceaux de France, tome sixième contenant les traités des donations entre-vifs, des personnes et des choses*, éd. à Orléans Chez


- *Œuvres complètes de Pothier, Traité des successions*, tome XXI, Chez Thomine et Fortic, 1821.

- *Œuvres complètes de Pothier, Traité des propres, des donations testamentaires*, tome XXII, Chez Thomine et Fortic, 1821.

- *Œuvres complètes de Pothier, Traité des cens, des champarts, de la garde-noble et bourgeoise, du préciput légal des nobles, de l’hypothèque et des substitutions*, tome XXI, Chez Thomine et Fortic, 1821.

- *Œuvres complètes de Pothier, Traité du douaire*, tome XIII, Chez Thomine et Fortic, 1821.

- *Œuvres complètes de Pothier, Traité des retraits*, tome IV, Chez Thomine et Fortic, 1821.

- *Œuvres complètes de Pothier, Traité des fiefs*, tome XIX, Chez Thomine et Fortic, 1821.


**ROBAYE R.**, *Le droit romain*, 4e édition Academia l’Harmattan, 2014


**II - Ouvrages spéciaux**
Coutumes de Bretagne, Reveuës et corrigées sur l’original signé des commissaires réformateurs, de l’imprimerie de Julien du Clos, demeurant près Saint-Sauveur, 1570.


Coutumes du pays et duché de Nivernois, Chez Abel l’Angelier, 1610.

Coutumes de la ville de Paris, prévosté et vicomté de Paris, Chez Nicolas du Fossé, 1614.

Coutumes du Maine, par Hierôme Olivier, 1658

Coutumes de Vitry le François, 4ème éd. Chez Jacques Seneuze, 1676

Coutumes de Chaalons, avec les commentaires de Maistre Louïs Billecart avocat en Parlement, où sont traitées les plus belles & les plus importantes questions du droit coutumier, Chez Charles de Sercy, 1676.

Coutume générale des pays et duché de Bourgogne, par Jean Ressayre, 1698

Coutumes du bailliage de Sens, Chez Claude A. Prussurot & Laurent Raveneau, 1711.

Coutume du bailliage de Troyes, 3ème éd. Chez Montalant, 1715

Coutume du comté et bailliage de Montfort-Lamaulry, chez Jacques Clousier, 1731.

Coutume de Normandie, 3ème éd. de l’imprimerie de Richard Lallemand, 1759

Etablissements de Saint Louis, Librairie de la société de l’histoire de France, 1881.


BEAUMANOIR (de) P.,

- *Coutumes de Beauvaisis*, par Beugnot, tome premier, éd. Chez Jules Renouard et Cie, 1842

- *Coutumes de Beauvaisis*, par AM. Salmon, tome premier, éd. Alphonse Picard et fils, 1899

- *Coutumes de Beauvaisis*, par AM. Salmon, tome second, éd. Alphonse Picard et fils, 1900


BEYRAND H., *De la prohibition des pactes sur succession future en droit romain et en droit français*, éd. Librairie nouvelle en droit et en jurisprudence, 1887.

BOISSONADE G.,
• Histoire de la réserve héréditaire et de son influence morale et économique, Librairie de Guillaumin, 1873.


DE BOUTARIC F., Les institutes de l’empereur Justinien, conférées avec le droit français, Chez Gaspard Henault et Jean-François Forest, 1740.

BOURDOT DE RICHEBOURG C. A.,

• Nouveau coutumier général, tome I, Chez Michel Brunet, 1724.

• Nouveau coutumier général, tome II, Chez Michel Brunet, 1724.

• Nouveau coutumier général, tome III, Chez Claude Robustel, 1724.

• Nouveau coutumier général, tome I, Chez Claude Robustel, 1724.

BROCHER C., Étude historique et philosophique sur la légitime et les réserves en matière de succession héréditaire, éd. Ernest Thorin, 1868.

BULIT L., De la plainte d’inofficiosité en matière de testament de donation et de dot en droit romain, thèse Toulouse, 1868.


CHABOT DE L’ALLIER M.

• Commentaire sur la loi des successions, tome premier, 5ème édition, Chez Nève, 1818.

• Commentaire sur la loi des successions, tome second, 5ème édition, Chez Nève, 1818.

• Commentaire sur la loi des successions, tome troisième, 5ème édition, Chez Nève, 1818.

CHÉNON E.


- *Histoire générale du droit français public et privé des origines à 1815, Période Gallo-romaine, Période Franke, Période féodale et coutumière*, Tome 1er, éd. recueil Sirey, 1926.


DELANGLADE H.,

- *Du testament inofficieux et de la légitime en droit romain*, thèse Aix 1884.

- *De la quittance disponible et de la réserve considérées dans leur origine et leur nature en droit français*, thèse Marseille, 1884.


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

D’ESPINAY G., La féodalité et le droit civil français, imprimerie P. Godet, 1862.


FAURE S., Des pactes sur succession future en droit romain et en droit français ancien et moderne, thèse Poitiers, 1867.


FURGOLE J.-B., Traité des testaments, codiciles, donations à cause de mort et autres dispositions de dernière volonté, suivant les principes du droit romain, les ordonnances, les coutumes & maximes du Royaume, tant des païs du droit écrit, que coutumiers, & et la jurisprudence des arrêts, Chez Jean de Nully, 1741.

FUSTEL DE COULANGES, La cité antique – Étude sur le culte, le droit, les institutions de la Grèce et de Rome, 8ème éd., Hachette et Cie, 1880


GUERRIN L., Du droit de tester et des restrictions qui y ont été apportées dans l’intérêt de la famille du testateur en droit romain et en droit français, thèse Besançon, 1875.


NEBRY P.-M., De la Réserve et de son origine dans le droit romain et dans l’ancien droit français, thèse Rennes, 1866.


LAMBERT M. E.,


- *Droit français – De l’égalité entre héritiers au point de vue de l’attribution des biens en nature*, thèse Paris, 1892.

DE LAPLANCHE J.,


MARTINI H., *De la légitime en droit romain – de la réserve et de la quotité disponible en droit français*, thèse Paris 1865.


MORAND E., *De l’institution contractuelle en droit français*, thèse Toulouse, 1868.

NICOLESCO O.,

- *Querela inofficiosi testamenti et de la légitime*, thèse Paris 1888.


PARISET E., *Droit romain - dispositions de dernière volonté à Rome et dans le droit ancien*, thèse Lyon, 1891.

PAVY A., *De la légitime et de la réserve dans l’ancien droit français*, thèse Arras, 1884.


VERNET P., *Traité de la quotité disponible ou traité des diverses restrictions apportées dans l’intérêt de la famille du disposant au principe de libre disposition des biens, suivant le droit romain, le droit coutumier, le droit intermédiaire et le code Napoléon*, éd. A. Maresscq et E. Dujardin, 1855.


**III - Articles**

ARON G.,

- «Etude sur les lois successorales de la révolution», *Nouvelle revue historique de droit français et étranger*, 1ère partie, 1901, p. 444-489.
• « Etude sur les lois successorales de la révolution », *Nouvelle revue historique de droit français et étranger*, 2\ème partie, 1903, p. 673-719.


THIREAU J. -L.,

• « Faculté de disposer et protection de la famille dans le très ancien droit coutumier français (Xe-XIIIe siècles) », *revue historique de droit français et étranger* 87 (3) juill.-sept. 2009, p. 367.


## IV - Ordonnances

Ordonnance d’Orléans, 1560.

Ordonnance de Moulins, 1566.

Ordonnance du Roy concernant les diversités de jurisprudence sur la matière des substitutions fidéicommissaires, de l’imprimerie royale, 1748.
Index Alphabétique

Les numéros renvoient aux paragraphes

- A -

Action en retraitemment : V° Droit de retraitement

Action en réduction : 364.
- imputation des libéralités : 363, 365.
- nature : 380 et suiv.
- réduction en nature : 93.
- réduction en valeur : 94, 370 et suiv.

Aliments : 310.

Ascendant
- créance d’aliments : 310.
- droit de retour : V° Succession anomalé
- réserve hérititaire : 353 et suiv.

- C -

Cantonnement : V° Libéralité graduelle

Collatéraux privilégiés (droit de retour) : V° Succession anomalé

Conjoint survivant
- droits en usufruit : V° Usufruit.
- droit temporaire au logement : V° Droit temporaire au logement.
- droit viager d’usage et d’habitation V° Droit viager d’usage et d’habitation.
- réserve hérititaire : 296 et suiv.
- conjoint subséquent : 273 et suiv.
Conservation des biens dans la famille – Histoire :
- Biens nobles, 19 – 23.
- Biens propres,  V° Réserve coutumière.
- Fondement, 15 - 17.

Créance alimentaire
V° aliments

- D -

Donation-partage transgénérationnelle
- bénéficiaires : 189, 194
- biens donnés et partagés : 193
- forme : 190 et suiv.
- liquidation : 195 et suiv.
- réserve : 197

Douaire : 345 et suiv.

Droit d’aïnesse
V° Conservation des biens dans la famille, Biens nobles (pour le droit coutumier)
V° Majorat

Droit de retraitement : 292 et suiv.

Droit de retour conventionnel : 68, 415.

Droit de retour légal
V° Succession anomale

Droit temporaire au logement :
- effets : 412.
- objet : 405 et suiv.
- titulaire : 404.

Droit viager d’usage et d’habitation
- objet : 415.
- titulaire : 414.
- nature : 417 et suiv.
- obligation aux dettes : 424.
- privation : 426 et suiv.

- E –

Égalité
- droit révolutionnaire, 76 - 79.
Enfant adoptif : V° adoption simple.
- définition : 110.
- effets 112 - 113.

Enfant adultérin
- dispositions transitoires : 289.
- histoire : 264 et suiv.
- Mazurek : 286 et suiv.
- réserve héréditaire : 283
- restriction au droit de disposer (en faveur de) : 284 et suiv.

Enfant incestueux : 290 et suiv.

Enfant naturel
- histoire : 267 et suiv.
- réserve : 271.

- F -

Frère et sœurs : V° Collatéraux privilégiés.

- I -

Institution contractuelle :
- condition : 111.
Liberté testamentaire (limites en droit romain) : 243 et suiv., 246, 321 et suiv.,

- M -

Majorat : 103 - 105

Mandat à effet posthume
- conditions : 123, 124, 129.
- durée : 129.
- effets : 139, 140, 141.
- extinction : 147, 142.
- intérêt sérieux et légitime : 126 - 128.
- nature juridique : 145 et suiv.
- pouvoirs : 139, 140, 141.
- réserve : 134.

- P -

Pacte sur succession future
- condition : 108.
- pactes autorisés : 110.
- prohibition : 107.

Pacte sur succession future, droit romain : 249 et suiv.

- Q -

Querela inofficiosi tesmamenti (V° Légitime).

Quotité disponible entre époux : 433 et suiv.

Quotité disponible ordinaire
V° Réserve héréditaire.

- R -

Réduction des libéralités : - V° action en réduction
Renonciation anticipée à l’action en réduction :
- bénéficiaire : 204.
- conditions de forme : 207 et suiv.
- conditions de fond : 209 et suiv.
- méthode de la réduction : 223 et suiv.
- nature : 213 et suiv.
- passif : 229.
- rapport : 217 et suiv.
- renonçant : 201 et suiv.
- révocation : 230 et suiv.
- vice du consentement: 212

Réserve héréditaire
- ascendants : 308 et suiv.
- bénéficiaires : 298, 352.
- conjoint : V° conjoint survivant.
- coutumière : V° réserve coutumière
- créance : 375 et suiv.
- fondement : 351.
- nature, 82 - 92, 366 et suiv. 375.

- nue-propriété (en) : 387 et suiv., 439 et suiv.
- quotité : 299, 362.
- réduction : V° Réduction des libéralités.
- renonciation anticipée à l’action en réduction V° renonciation anticipée à l’action en réduction.
- Vocation familiale : 361

Réserve coutumière
Bénéficiaires, 25.
Fondement, 23 - 25.
Quotité, 27.
Sanction, 28 - 30.

Retour conventionnel
V° Droit de retour conventionnel.

Retour légal
V° Succession anomale.

- S -

Souche : 193 et suiv., 197, 202

Soutenance : 335.
Substitution fidéicommissaire :
Prohibition (ancien droit) : 98.
Substitutions permises (ancien droit) : 0 - 101.

Succession anomale :
- adoption simple : 40 - 45.
- collatéraux privilégiés : 46 - 57.
- conflit : 44, 444.
- réserve : 55, 67, 302

- U -

Usufruit
- conversion de l’usufruit : 397 et suiv.
- droits du conjoint survivant en usufruit : 430 et suiv., 436 et suiv.
- garanties : 394 et suiv.
- passif successoral : 390 et suiv.
- réserve héréditaire : 387 et suiv.

- V -

Vices du consentement
- renonciation anticipée à l’action en réduction : 212.
TABLE DES MATIERES

REMERCIEMENTS................................................................................................................................................. 5
INDEX DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS............................................................................................................... 7
SOMMAIRE.................................................................................................................................................................. 9
INTRODUCTION .............................................................................................................................................................. 11

PREMIÈRE PARTIE – LA RÉSERVE ET LA SOCIÉTÉ : LA FONCTION POLITIQUE DE LA RÉSERVE ............28

Titre I – LA RÉSERVE, UN MOYEN DE REGROUER LES BIENS POUR FAVORISER LA CONCENTRATION DES POUVOIRS......................... 29

Chapitre I – La protection des patrimoines grâce à la conservation des biens au sein des familles en droit coutumier ..........................................................................................................................................................31

Section I – L'origine de la conservation des biens dans la famille ..............................................................................32
Section II – La protection des biens nobles et des biens propres par le droit coutumier .................................................37
  §I – La protection des biens nobles par les privilèges de primogéniture et de masculinité ........................................37
  §II – La protection des biens propres par la réserve coutumières .............................................................................42
Section III – Les pactes sur succession future, instruments de protection du patrimoine familiale .........................51

Chapitre II – Le rôle résiduel de la conservation des biens dans la famille dans le droit contemporain : les droits de retour ..........................................................................................................................................................59

Section I – Le droit de retour de la personne ayant fait l'objet d'une adoption simple .............................................60
Section II – Le droit de retour des collatéraux privilégiés .........................................................................................63
Section III – Le droit de retour des père et mère ......................................................................................................73

Titre II – LA RÉSERVE, UN MOYEN DE DISPERSER LES BIENS POUR ASSURER L’ÉGALITÉ DES INDIVIDUS..............89

Chapitre I – L’avènement des principes égalitaires au service de l’individu dans le Code civil.........................91

Section I – La conception révolutionnaire de l’égalité en droit des successions .........................................................91
  §I – L’unification du droit successoral ...................................................................................................................92
  §II – Les lois des 17 et 21 nivôse an II : la volonté d’une égalité parfaite ..............................................................96
  §III – La loi du IV germinal an VIII ou le retour à la pondération .....................................................................98
Section II – La transposition des principes égalitaires au sein du Code civil ........................................................99
  §I – La réserve héréditaire du Code civil de 1804 : un outil favorisant l’égalité entre réservataires et la dispersion des biens ..................................................................................................................................100
    A – La nature pars hereditatis de la réserve héréditaire du Code civil de 1804 .................................................101
    1 – Le droit de reclamer sa reserve par voie d’exception ..................................................................................102
    2 – Le droit de reclamer sa reserve par voie d’action .....................................................................................108
    3 – La réserve de 1804 était-elle individuelle ou collective ? ........................................................................111
    B – La réduction en nature, conséquence de la nature pars hereditatis de la réserve ..................................115
  §II – La prohibition des mécanismes permettant d’avantage un héritier ............................................................117
    A – La prohibition des substitutions fidéicommissaires ...............................................................................117
    1 – Le principe de la prohibition des substitutions fidéicommissaires .........................................................117
    2 – Les exceptions à la prohibition des substitutions fidéicommissaires .....................................................119
      a – Les substitutions fidéicommissaires permises par le Code civil .......................................................119
      b – Les substitutions fidéicommissaires permises par décret : les majorats ............................................122

509
B- La prohibition des pactes sur succession future

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

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

Chapitre II – Le déclin des principes égalitaires au service de la volonté individuelle en droit contemporain

Section I – Le mandat à effet posthume : la liberté de confier la gestion de la succession à un tiers.

§ I – Une liberté bornée, dans l’intérêt des héritiers, par les conditions du mandat.

A – Une libertéstrictement encadrée par des conditions de fond et de forme protectrices des héritiers.

1 - Les conditions tenant aux héritiers.

2 - Conditions tenant au mandat.

B – une liberté limitée par les conditions tenant au mandataire.

§ II – Un mandat privant largement les héritiers de leurs droits sur la réserve.

A – Les pouvoirs étendus du mandataire.

B – Un mandat d’une nature particulière.

C – La difficulté de mettre fin au mandat pour les héritiers.

Section II – La liberté de priver son enfant de la disposition de la succession : les libéralités substitutives.

§ I – Les conditions communes des libéralités substitutives.

A – Les bénéficiaires.

B – Le support de la libéralité substitutive.

C – Objet de la libéralité substitutive.

1 – Les charges des libéralités graduelles.

2 – La charge de la libéralité résiduelle.

3 – les biens grevés.

§ II – Mécanisme juridique des libéralités substitutives : une libéralité avec charge.

§ III – Les effets des libéralités substitutives et leur incidence sur la réserve.

A – la protection de la réserve du grevé en présence d’une libéralité substitutive.

B – Liquidation de la succession du disposant en présence d’une libéralité graduale.

C – Liquidation de la succession du disposant en présence d’une libéralité résiduelle.

D – L’ouverture des droits du second gratifié et la liquidation de la succession du grevé.

Section III – Les pactes de renonciation.

§ I – La libéralité-partage transgénérationnelle : la renonciation à la réserve par un pacte successoral de famille.

A – Conditions de la donation-partage transgénérationnelle.

1 – Les acteurs de la donation-partage transgénérationnelle.

2 – Support de la libéralité-partage.

3 – Objet du partage anticipé.

B – Effets de la donation-partage transgénérationnelle.

1 – La prise en compte de la donation-partage transgénérationnelle dans la liquidation successorale.

2 – Les effets sur la réserve héréditaire des descendants.

§ II – La possibilité de renoncer par anticipation à l’action en réduction.

A – Le régime de la renonciation anticipée à l’action en réduction.

1 – Les acteurs de la renonciation anticipée à l’action en réduction.

a – Un renonçant à l’action en réduction.

b – Un bénéficiaire.

c – Le de cujus.

2 – Un acte grave nécessitant des conditions de fond et de forme strictes.

a – Des conditions de forme spécifiques.

b – Des conditions de fond particulières.
c – Une nature discutée ................................................................. 211

B- Les effets de la renonciation anticipée à l’action en réduction : l’accroissement de la liberté de disposer du de cujus ... 213

1 – L’objet de la renonciation ......................................................................................................................... 213

2 – Une renonciation à la réserve ou à la réduction ? Le choix d’une méthode de liquidation ..................... 219

a – La renonciation à invoquer une atteinte à la réserve ou la méthode de l’imputation ......................................................... 219

b – La renonciation à sa quote-part d’indemnité de réduction ou la méthode de la réduction .................. 223

c – Méthode à retenir ................................................................................................................................. 227

3 – La participation au passif successoral ................................................................................................... 228

C – La révocation de la renonciation anticipée à l’action en réduction .......................................................... 230

SECONDE PARTIE – LA RÉSERVE ET LA FAMILLE : LA FONCTION SOCIALE DE LA RÉSERVE .................. 239

TITRE I – LA RÉSERVE, UN MOYEN DE PROMOUVOIR UN MODÈLE FAMILIAL................................................................. 241

Chapitre I – La réserve, gardienne d’un modèle familial unique ........................................................................ 243

Section I – La liberté testamentaire encadrée, pilier de l’organisation familiale en droit romain ..................... 243

§ I – Le droit romain : la liberté testamentaire encadrée pour protéger l’organisation de la famille romaine .......... 244

A – La liberté testamentaire limitée par la religion ...................................................................................... 244

B – La liberté testamentaire limitée par les conditions du testament ......................................................... 250

§ II – L’apparition de la prohibition des pactes sur succession future à l’époque classique et au Bas-Empire ....... 253

A – Les fondements de la prohibition ........................................................................................................... 254

B – Les pactes sur succession future prohibés ............................................................................................ 255

C – Les pactes sur succession future autorisés ............................................................................................ 257

Section II – La réserve, gardienne d’un modèle familial unique dans le Code civil ........................................ 260

§ I – La défaveur pour les enfants illégitimes ............................................................................................... 261

A – Les enfants adulterins et incestueux : la négation absolue ................................................................. 262

B – L’enfant naturel : des droits restreints .................................................................................................... 264

1 – La restriction au droit de disposer en faveur de son enfant naturel ....................................................... 266

2 – L’exclusion de l’enfant naturel de la succession de son auteur par pacte non succedendo ................ 268

3 – La réserve de l’enfant naturel ................................................................................................................ 270

4 – L’amélioration du sort de l’enfant naturel par la loi du 25 mars 1896 ...................................................... 271

§ II – La défaveur pour les conjoints subséquents ......................................................................................... 272

A – Une quotité disponible restreinte en faveur du conjoint remarié ............................................................. 274

B – Le retraitement des avantages matrimoniaux ......................................................................................... 275

Chapitre II – La réserve adaptée aux modèles familiaux contemporains ...................................................... 278

Section I – La réserve au service de la diversification des modèles familiaux ................................................ 278

§ I – Des droits égaux pour les enfants naturels .......................................................................................... 278

§ II – Une égalisation plus lente des droits des enfants adulterins ............................................................... 279

A – La loi du 3 janvier 1972 : une évolution en demi-teinte ........................................................................... 280

B – L’arrêt Mazurek ou la fin des discriminations envers les enfants adulterins ........................................ 285

§ III – L’enfant incestueux ............................................................................................................................. 293

§ IV – L’extension de l’action en retraitement à tous les enfants ..................................................................... 295

Section II – Le resserrement des bénéficiaires de la réserve à la famille nucléaire ....................................... 299

§ I – La nouvelle réserve du conjoint survivant ......................................................................................... 299

A – Régime du droit à réserve du conjoint ................................................................................................. 300

B – Opportunité et fonction de la réserve du conjoint survivant ................................................................. 304

§ II – La suppression de la réserve des ascendants ...................................................................................... 308

TITRE II – LA RÉSERVE, UN MOYEN D’ASSURER LA SUBSISTANCE DES PROCHES DU DÉFUNT ......................... 317

511
Chapitre I - La fonction alimentaire, fonction historique de la réserve

Section I - L’apparition d’un ordre public successoral écrit fondé sur la subsistance à l’époque classique de Rome

§ I - Du durcissement des conditions de l’exhérédation à la limitation de la capacité de disposer

§ II - Les restrictions légales au droit de disposer

A - La querela inofficiosi testamenti

B - Les innovations au Bas-Empire

Section II - La subsistance, principe sous-jacent de l’ordre public successoral en droit coutumier comme au sein du Code civil

§ I - La subsistance, principe sous-jacent de l’ordre public successoral du droit coutumier

A - La soutenance des puïnsés

B - La légitime coutumière ou la renaissance du droit romain

C - Le douaire de la veuve

§ II - La subsistance, principe sous-jacent de l’ordre public successoral au sein du Code civil

A - Le fondement de la réserve héréditaire, héritage de la légitime de droit romain

B - Les bénéficiaires et la quotité de la réserve héréditaire du Code civil

Chapitre II - La fonction alimentaire, fonction contemporaine de la réserve

Section I - La transformation de la réserve en une créance différée dans la succession

§ I - Une réserve désormais pars honorum?

A - Le glissement vers une part privative de la succession affectée à certains héritiers

1 - La fin de la transmission de la réserve à l’ordre subéquent

2 - Le caractère collectif ou individuel de la réserve

3 - D’une indisponibilté générale des biens composant la réserve à une affectation de biens dans la succession au réservataire

B - Le glissement vers un droit de créance personnelle dans la succession

1 - La réserve est-elle une créance?

a. L’élargissement de la réduction en valeur au cours du XIXe siècle

b. La réserve est-elle devenue une créance?

C - La réserve, droit réel ou personnel?

§ II - Des aliments différés : la confrontation des droits légaux ou conventionnels du conjoint survivant et de la réserve des descendants

A - Les inconvénients attachés à l’usufruit sur la réserve : le décalage entre la fourniture de l’acte de la réserve et le règlement du passif

1 - Une réserve amputée de l’usufruit jusqu’au décès du conjoint

2 - L’obligation et la contribution au passif successoral de l’usufruitier

C - Pour une juste protection légale des réservataires contre l’usufruit du conjoint

1 - Les garanties de l’usufruit

2 - La conversion de l’usufruit en rente viagère

3 - La conversion de l’usufruit en capital

Section II - L’apparition de droits concurrents qui complètent ou se substituent à la réserve

§ I - Des droits concurrents pour maintenir le cadre de vie du conjoint survivant

A - Le droit temporaire au logement

1 - Titulaire et objet du droit temporaire au logement

2 - La mise en œuvre du droit temporaire au logement

B - Le droit viager au logement

1 - Titulaire et objet du droit

2 - Nature du droit viager au logement

512
3 – Mise en œuvre du droit viager au logement ................................................................. 410
4 – La privation du droit viager ....................................................................................... 414
§ II – L’usufruit légal ou conventionnel du conjoint survivant concurrençant la réserve des enfants ......................... 418
A – Les droits ab intestat ou conventionnels du conjoint survivant .................................. 418
  1 – Les droits ab intestat du conjoint survivant ............................................................... 418
  2 – La quotité disponible spéciale entre époux ................................................................ 421
B – L’objet de l’usufruit du conjoint survivant .................................................................. 424
§ III – Le droit de retour des père et mère ...................................................................... 428

CONCLUSION GÉNÉRALE ................................................................................................. 437
BIBLIOGRAPHIE ................................................................................................................ 441
BIBLIOGRAPHIE HISTORIQUE ....................................................................................... 490
INDEX ALPHABÉTIQUE ................................................................................................. 503
Résumé

La réserve remplit deux fonctions : une fonction politique d’organisation de la société et une fonction sociale de promotion d’un modèle familial et de subsistance. La fonction politique a pour but d’instaurer un ordre politique en affermissant des objectifs politiques et économiques et en assurant la continuité de la cité. Conservation des biens dans la famille, primitivement puis dispersion des biens, aujourd’hui, cette fonction tend à s’effacer au profit de la volonté individuelle du de *cujus*.

La seconde fonction est une fonction sociale, laquelle prend deux visages : la promotion d’un modèle familial et la fourniture d’une subsistance. La réserve s’adapte à notre modèle familial en se limitant à la famille nucléaire. Elle impose également de laisser une subsistance après sa mort, à son héritier réservataire. En droit positif, la fonction de subsistance prend l’ascendant sur la fonction de promotion d’un modèle familial. La nature de la réserve tend à se rapprocher d’une créance. En outre, le développement de cette fonction a conduit le législateur à compléter ou donner de nouveaux droits concurrents à la réserve héréditaire.

SUCCESSIONS, RESERVE HEREDITAIRE

Résumé en anglais

The reserved share has two functions: a political function of organization of society and a social function of promoting a family model and a subsistence pattern. The political function’s purpose is to establish a political order by strengthening the political and economic objectives and ensuring the continuity of the city. Safeguarding property in the family, originally then dissipation of assets, today this function tends to disappear in favor of individual freedom of the deceased.

The second function is a social function of promoting a family model and providing a subsistence pattern. The reserved share suits to our family model confining itself to the nuclear family. It also requires leaving a subsistence after our death, to our forced heir. In positive law, the subsistence function takes the ascendancy on the promoting a family model fonction. The nature of the reserved share tends to resemble to a claim. In addition, the development of this fonction has led the legislator to amplify or to provide new competing rights to the reserved share.

SUCCESSIONS, RESERVED SHARE