

que le président jouit réellement d'un pouvoir discrétionnaire. Le légataire universel seul est saisi; lui seul peut obtenir l'envoi en possession en vertu d'une ordonnance du président; les légataires à titre universel et à titre particulier sont tenus de demander la délivrance. De là suit que le président doit s'assurer si le legs est universel; or, cette question est souvent très-difficile à décider, nous en avons vu de nombreuses preuves (1). Le président doit nécessairement préjuger la difficulté, en accordant ou en refusant l'envoi; il n'a pas le droit de l'accorder à un légataire à titre universel ou à titre particulier; il n'a pas le droit de le refuser à un légataire universel; il est donc forcé d'apprécier la nature du legs. Mais son appréciation n'est pas définitive, ce n'est pas un jugement, tous les droits restent saufs.

La cour de cassation a consacré ce principe dans une espèce où la qualité du legs était très-douteuse. En apparence, il n'y avait que des legs particuliers; la testatrice avait disposé séparément de chacun des immeubles de sa succession. Le président envoya en possession les légataires survivants; en appel, il fut décidé que la testatrice avait eu la volonté de faire des legs universels, et par suite la cour confirma l'ordonnance du président. Sur le pourvoi en cassation, il intervint un arrêt de rejet, au rapport du conseiller d'Oms. On lit dans l'arrêt que le président, obligé d'accorder ou de refuser l'envoi en possession qui lui était demandé, devait rechercher, dans les dispositions du titre qui lui était présenté, les raisons qui lui paraissaient de nature à justifier sa décision. Mais cette décision, ajoute la cour, est essentiellement provisoire et n'élève aucun préjudice contre les droits des parties; quand le président a épuisé son droit, les parties peuvent agir au fond (2).

**28.** Il y a encore des questions de fait qui sont nécessairement soumises à l'appréciation du président. Le tes-

(1) Voyez le tome XIII de mes *Principes*, p. 556-571, nos 505-517.

(2) Rejet, 26 novembre 1856 (Daloz, 1856, 1, 429). Nancy, 3 février 1870 et 18 juin 1869 (Daloz, 1870, 2, 113 et 114). Orléans, 31 août 1831 (Daloz, n° 3591, p. 1024).

tament peut être régulier en la forme, valable au fond, le legs peut être universel, et néanmoins le président doit refuser l'envoi en possession si l'identité du légataire n'est pas constante, et même si cette identité est constatée, lorsque le défunt laisse des héritiers réservataires. Il n'y a aucun doute sur ces deux points. La loi ne parle pas de l'identité; il faut naturellement que celui qui se présente comme légataire prouve, si le président ne le connaît pas, qu'il est la personne que le testateur a instituée son légataire universel. Quant à l'absence de réservataires, c'est une condition légale; s'il y a des réservataires, le légataire n'est pas saisi, il ne peut donc pas demander l'envoi en possession, il doit demander la délivrance. Peu importe que les réservataires réclament ou non; il suffit qu'il existe des réservataires pour que le président doive s'abstenir d'accorder l'envoi en possession (1).

**29.** Quelles sont les conséquences de l'envoi en possession du légataire? Dans l'opinion consacrée par la jurisprudence française, l'ordonnance d'envoi a une conséquence très-importante, c'est que le légataire n'est pas tenu de prouver la vérité de son titre, la preuve est rejetée sur les héritiers légitimes, c'est à eux de prouver que l'écriture n'est pas celle du testateur. Nous avons combattu cette doctrine (2). D'après ce que nous venons de dire, il est certain qu'il n'y a rien de commun entre l'envoi en possession et la force probante du testament olographe, sinon que le président peut refuser l'envoi si les héritiers méconnaissent l'écriture. Mais qu'il l'accorde ou qu'il le refuse, son ordonnance n'est pas un jugement et n'a aucune influence sur le fond du droit.

L'intervention du président est requise quand le testament est olographe, elle ne l'est point quand le testament est par acte public. Donc l'ordonnance d'envoi a pour but et pour effet de donner à un acte sous seing privé un caractère public et une force exécutoire qui lui font défaut. C'est au président à voir si le testament produit par le légataire présente des garanties suffisantes de vérité; il

(1) Bourges, 1<sup>er</sup> mai 1820 (Daloz, n° 3671).

(2) Voyez le tome XIII de mes *Principes*, p. 258-262, nos 233-237.

refusera l'envoi s'il croit que le testament est irrégulier ou nul. S'il n'envoie pas le légataire en possession, quel sera l'effet de ce refus? La cour de Poitiers a décidé que par suite du refus la possession était dévolue aux héritiers légitimes et leur appartenait provisoirement (1), sauf au légataire à faire valoir ses droits. Il y a une saisine légale, celle des héritiers, qui est certaine, et une saisine testamentaire, celle du légataire, qui est douteuse; la loi doit l'emporter sur le testament, lorsqu'on ne sait pas s'il y a un testament. Par contre, si le légataire est envoyé en possession, la saisine légale des héritiers est écartée; le légataire, quoique n'ayant qu'un testament olographe ou mystique, est assimilé au légataire par acte authentique, il a un titre exécutoire qui lui permet d'appréhender les biens et d'exercer tous les droits appartenant à un héritier saisi. Il peut agir contre tous ceux qui détiennent des biens héréditaires, même contre les héritiers légitimes qui se seraient mis en possession. Etant propriétaire et possesseur, il a tous les droits attachés à la propriété; il peut, comme on dit, user et abuser. De là l'intérêt qu'ont les héritiers à réclamer contre l'ordonnance du président. De son côté, le légataire y aurait intérêt si le président lui refusait l'envoi en possession.

**30.** Les parties intéressées ont-elles un recours contre l'ordonnance du président, et quel est ce recours? Il n'y a pas de question plus controversée. Les uns nient qu'il y ait un recours quelconque, les autres admettent l'opposition et l'appel; il y en a qui n'admettent que l'appel; enfin il y en a qui distinguent et disent qu'il y a lieu à opposition tant qu'il n'y a pas eu de débat contradictoire devant le président, et qu'il y a lieu à appel lorsque, sur l'opposition des héritiers, un débat contradictoire s'engage. Ce conflit d'opinions ne prouverait-il pas qu'il y a lacune dans le code? et s'il y a lacune, ne faut-il pas décider qu'aucun recours n'est ouvert, parce que la loi n'en admet aucun? C'est notre avis, mais nous n'entendons pas décider la difficulté, qui n'est pas de notre domaine,

(1) Poitiers, 5 mars 1856 (Dalloz, 1856, 2, 144).

elle appartient à la procédure; il s'agit de déterminer le caractère de la juridiction volontaire que la loi accorde au président: admet-elle l'opposition sans qu'un texte l'accorde? admet-elle l'appel alors qu'il n'y a pas de jugement, pas de cause et pas de partie en cause (1)? Dans notre opinion sur la force probante des testaments olographes et mystiques, il y a peu d'inconvénients à refuser aux parties intéressées tout recours contre l'ordonnance du président, elle laisse leurs droits intacts, elles peuvent immédiatement agir au fond, et même requérir des mesures conservatoires. Ne serait-ce pas compliquer le débat que d'autoriser un recours contre une ordonnance purement provisoire? C'est peut-être pour cette raison que la loi n'en ouvre aucun. Nous dirons plus loin quelles sont les mesures conservatoires que les parties intéressées peuvent requérir, alors même que l'envoi en possession est prononcé.

**31.** Qu'arrive-t-il lorsque le légataire universel ne demande pas l'envoi en possession? Il reste saisi de droit en vertu de l'article 1006, s'il n'y a point de réservataires, mais il ne peut pas se mettre en possession, puisqu'il n'a point de titre exécutoire; par suite il n'aura pas les droits attachés à la possession de fait (n° 29). Il en serait ainsi quand même il se mettrait en possession de fait. Cette position est très-singulière. Le légataire universel a la saisine et il possède; malgré cela, il n'a pas les droits qui dérivent de la possession; s'il agissait contre des détenteurs de biens héréditaires, ceux-ci pourraient repousser son action par une fin de non-recevoir. La raison en est que, quoique saisi, il n'a pas le droit de se mettre en possession, sa possession de fait est donc illégale; d'où suit qu'il ne peut pas s'en prévaloir. Il y aurait exception s'il s'était mis en possession avec le consentement des héritiers. Ce consentement équivaut à une ordonnance du président; il implique renonciation de la part des héri-

(1) Voyez la doctrine et la jurisprudence dans Aubry et Rau, t. VI, p. 129, et note 5; Dalloz, n° 3664 3670, et la note du *Recueil périodique*, 1870, 2, 113; sur la jurisprudence belge, la note de la *Pasicrisie*, 1856, 2, 207; il faut ajouter Gand, 22 juillet 1865 (*ibid.*, 1865, 2, 278).

tiers à se prévaloir de la nullité du testament, s'il y avait une cause de nullité (1). Les formalités des articles 1007 et 1008 ne sont pas obligatoires pour les parties intéressées, en ce sens que si elles s'entendent, rien ne les empêche de mettre le testament à exécution (2).

Si le légataire se met en possession sans avoir obtenu une ordonnance du président et sans le consentement des héritiers, sa possession est illégale. En résultera-t-il qu'il encourt la déchéance de son droit? La négative est si évidente que l'on peut à peine poser la question; la formalité de l'envoi en possession n'est pas requise pour la validité du testament; elle ne concerne que son exécution (3). Autre est la question de savoir si le légataire qui s'est mis illégalement en possession gagne les fruits qu'il perçoit. Merlin a hésité, il a fini par se prononcer pour l'affirmative qui, à notre avis, n'est pas douteuse. Ce n'est pas l'article 1008 qui décide la question des fruits, c'est l'article 1006 combiné avec l'article 1005 et avec les principes qui régissent l'acquisition des fruits. La règle est que les fruits appartiennent au propriétaire (art. 547); d'après l'article 1005, il est dérogé à cette règle lorsque le légataire universel est en concours avec un réservataire, en ce sens qu'il ne gagne les fruits des biens légués que sous la condition de faire dans l'année sa demande en délivrance. Quand le légataire n'est pas en concours avec des réservataires, il est saisi de plein droit, il n'a pas de délivrance à demander; aucune disposition ne lui enlève le droit de jouissance attaché à la propriété; donc il gagne les fruits comme propriétaire. L'envoi en possession n'a pas pour objet de lui donner la jouissance, et le défaut d'envoi ne peut pas la lui enlever. Il gagnera les fruits si son legs est maintenu, il les restituera si son legs est annulé, sauf l'application des principes qui régissent la pétition d'hérédité (4).

(1) Voyez le tome XIII de mes *Principes*, p. 509, nos 451 et suiv.

(2) Poitiers, 21 août 1835 (Daloz, n° 2561, 1°). Bruxelles, 10 décembre 1845 (*Pasicrisie*, 1850, 2, 295).

(3) Merlin, *Répertoire*, au mot *Testament*, sect. II, § IV, art. V, n° III (t. XXXIV, p. 146).

(4) Merlin, *Questions de droit* au mot *Testament*, § XIX (t. XV,

## 5. DES MESURES CONSERVATOIRES.

32. Quand le défunt laisse un légataire universel et des héritiers légitimes, il y a conflit entre l'héritier testamentaire et les héritiers naturels. La loi vide ce conflit en théorie, en donnant la saisine au légataire, ce qui semble exclure les héritiers du sang. Mais l'exclusion n'est qu'apparente; les héritiers, quoique exhérés, peuvent demander la nullité du testament; ils ont donc toujours un droit éventuel sur l'hérédité, et par suite ils sont intéressés à la conservation des biens. La saisine que la loi accorde au légataire ne leur enlève ni leur droit ni leur intérêt. Alors même que le légataire a un testament authentique, les héritiers peuvent l'attaquer, soit pour vice de forme, soit au fond pour insanité d'esprit ou pour captation. Si le testament est olographe ou mystique, ils ont le même droit, ils peuvent même se contenter de méconnaître l'écriture ou la signature. L'ordonnance du président n'empêche pas les héritiers d'agir; c'est un acte de juridiction volontaire auquel les héritiers sont restés étrangers, qui par conséquent ne leur enlève aucun droit. Mais l'ordonnance peut compromettre l'exercice de leurs droits en investissant de la possession un légataire insolvable qui pourra divertir, dilapider, dissiper les biens héréditaires. Ils sont donc très-intéressés à provoquer des mesures conservatoires. Ces mesures sont de droit commun dès qu'il y a des droits à conserver (1).

Le légataire institué par un testament olographe ou mystique doit demander l'envoi en possession au président du tribunal. S'il ne l'obtient pas, les héritiers naturels seront par cela même maintenus dans leur saisine; ils appréhenderont les biens et en disposeront. Le refus du président d'envoyer le légataire en possession ne dépouille pas celui-ci de son droit, il peut toujours le faire valoir, mais la possession des héritiers compromettra ses intérêts s'ils sont insolubles, et alors même qu'ils seraient

p. 460). Sur la pétition d'hérédité et le droit aux fruits de l'héritier apparent, voyez le t. IX de mes *Principes*, p. 615, nos 541-553.

(1) Bruxelles, 15 janvier 1829 (*Pasicrisie*, 1829, p. 19).

solvables, ils pourraient détruire des papiers qui intéressent le légataire. Celui-ci a donc aussi un droit à sauvegarder, et par conséquent il a intérêt à provoquer des mesures conservatoires (1).

**33.** Les mesures conservatoires sont un droit commun, mais à une condition, c'est qu'il y ait un intérêt à garantir, ce qui suppose qu'il y a un droit compromis. Quand c'est le légataire qui requiert des mesures conservatoires, son intérêt et son droit ne sauraient être contestés; le testament qui l'institue est le fondement de son action. Si c'est un héritier qui provoque des mesures conservatoires, on doit supposer que le légataire a été envoyé en possession. Pour que les héritiers soient intéressés à demander des mesures conservatoires, il faut qu'ils agissent en nullité du testament, car c'est l'annulation du testament qui seule leur donnera un droit; si le testament est maintenu, ils sont exclus, donc sans droit et partant sans intérêt. Cela n'est pas douteux lorsque le testament est authentique; l'acte fait pleine foi de l'exclusion des héritiers; tant qu'il subsiste, il est prouvé qu'ils sont sans droit et sans intérêt; ils ne peuvent donc requérir des mesures conservatoires que sous la condition d'intenter une action en nullité du testament, ou de s'inscrire en faux (2). Les principes sont les mêmes si le testament est olographe ou mystique. En effet, l'ordonnance du président donne au légataire la possession de fait et la loi lui donne la propriété et la possession de droit; les héritiers sont donc exclus et, comme tels, sans droit et sans intérêt; ils n'ont de droit que s'ils méconnaissent le testament ou s'ils l'attaquent au fond. Notre conclusion est que, dans toute hypothèse, les héritiers ne peuvent requérir de mesures conservatoires que s'ils demandent la nullité du testament (3).

Les textes laissent quelque doute et la jurisprudence est hésitante, mais les principes sont incontestables. Qui

(1) Gand, 20 janvier 1845 (*Pasicrisie*, 1847, 2, 78).

(2) Comparez Bruxelles, 27 octobre 1825 (*Pasicrisie*, 1825, p. 507).

(3) Aubry et Rau, t. VI, p. 130, et note 9, § 710; Dalloz, n° 2769; Demolombe, t. XXI, p. 476, n° 512, et les autorités qu'ils citent.

dit mesure conservatoire, dit qu'il y a un droit à conserver; or, les héritiers exclus par le testament n'ont de droit que si le testament tombe, et pour qu'il tombe, ils doivent l'attaquer. Tant qu'ils n'agissent pas en nullité, leur exclusion subsiste, et cette exclusion leur enlève tout droit et tout intérêt. Les textes sont en harmonie avec ces principes. Aux termes de l'article 909 du code de procédure, l'apposition des scellés peut être requise par tous ceux qui prétendent droit dans la succession; et ceux qui ont le droit de faire apposer les scellés pourront en demander la levée, et l'inventaire peut être requis par ceux qui ont droit de demander la levée des scellés (art. 930 et 941 du code de pr.). Les héritiers diront-ils qu'en leur qualité de parents du défunt, appelés à sa succession, ils peuvent demander que les scellés soient apposés et qu'un inventaire soit dressé? Les textes ne disent pas cela; il faut *prétendre un droit* dans la succession pour réclamer ces mesures conservatoires; or, les héritiers exclus par un testament n'ont de droit à prétendre que s'ils attaquent le testament; donc ils doivent commencer par agir en nullité. Quand il n'y a pas de légataire universel, la qualité d'héritier suffit sans doute, puisque les héritiers ont, en ce cas, un droit fondé sur leur parenté et sur la loi. Mais quand il y a un légataire, ce droit tombe, à moins que le testament ne soit annulé.

La plupart des arrêts, très-nombreux en cette matière, supposent que le légataire attaqué le testament ou en conteste la validité. D'ordinaire le légataire envoyé en possession résiste à la demande des héritiers, en invoquant son titre et l'ordonnance du président; les arrêts rejettent cette opposition, en constatant que la validité du testament étant contestée, le légataire dont le droit est mis en question ne peut pas s'opposer à ce que les héritiers fassent valoir les droits qu'ils tiennent de la loi. Les arrêts établissent ensuite l'intérêt que les héritiers ont à provoquer des mesures conservatoires, intérêt qui est évident (1).

Il y a des arrêts plus précis. La cour d'Amiens dit que

(1) Liège, 22 juillet 1847 (*Pasicrisie*, 1849, 2, 262).