

pour maintenir le sous-legs, malgré la caducité du legs principal; et c'est aussi pour ce motif que la cour de cassation prononça un arrêt de rejet, l'interprétation de volonté qui servait de fondement à l'arrêt attaqué rentrant dans le pouvoir souverain des juges du fait (1).

§ II. *Exceptions. Du droit d'accroissement.*

N° 1. THÉORIE DU CODE.

**299.** Le principe que nous venons de développer reçoit plusieurs exceptions en vertu de la volonté du testateur. S'il prévoit lui-même le cas où le légataire ne peut ou ne veut recueillir le legs, et s'il appelle un tiers à recueillir la chose léguée, c'est ce légataire substitué au premier qui profitera de l'extinction du legs. C'est ce que l'on appelle une substitution vulgaire. Nous y reviendrons (art. 898). Il y a une autre substitution qui porte le nom de fidéicommissaire et qui implique une substitution vulgaire, c'est-à-dire que si l'institué ne vient pas au legs, le substitué y vient, parce qu'il y est appelé par la volonté du testateur. Nous traiterons cette difficile matière plus loin. La troisième exception a lieu en cas d'accroissement.

**300.** Aux termes de l'article 1044, il y a lieu à accroissement au profit des légataires dans le cas où le legs est fait à plusieurs conjointement. Si l'un des légataires conjoints ne veut ou ne peut venir au legs, la part qu'il y aurait eue ne profitera pas au débiteur du legs, elle sera dévolue à ses colégataires. Je lègue ma ferme à Pierre et à Paul. Paul ne vient pas au legs; s'il y était venu, il aurait eu la moitié, cette moitié ne profite pas à celui qui est chargé du legs, elle accroît au colégataire Pierre, en ce sens qu'il a droit à toute la ferme.

Pourquoi la part du légataire conjoint profite-t-elle au colégataire, de préférence à l'héritier débiteur du legs? On répond que c'est l'identité de l'objet légué à plusieurs personnes qui forme la condition essentielle de toute vé-

(1) Rejet, 19 novembre 1860 (Daloz, 1861, 1, 265).

ritable conjonction et qui est la base du droit d'accroissement. C'est la théorie de Ricard. « L'accroissement, dit-il, peut seulement avoir son effet lorsqu'une même chose est léguée à deux ou plusieurs individus indivisément et solidairement et que le partage et la division ne s'en doivent faire que par le concours des colégataires; de sorte que s'ils concourent tous, comme par ce concours la solidité est ôtée et le partage fait, le droit d'accroissement n'a point lieu; mais si l'un des colégataires ne vient point prendre sa part, la division ne se fait point, et la solidité demeure à ceux qui recueillent ce legs, qui est ce que nous appelons droit d'accroissement (1). »

Cette théorie peut être admise avec une explication. A qui doit profiter la révocation, la nullité ou la caducité d'un legs? Nous avons dit que c'est avant tout une question d'intention. C'est la volonté du testateur qui dispose de ses biens; c'est aussi cette volonté qui décide à qui appartiendra la chose ou la part dans la chose léguée si le légataire ou le colégataire fait défaut. Le principe est incontestable, puisque la volonté du testateur est la loi des légataires. Donc, alors même qu'il y aurait conjonction, telle que Ricard la définit, si une même chose était léguée pour le tout à deux personnes, il dépend du testateur de déclarer qu'il n'y aura pas d'accroissement et que la part du légataire qui fera défaut appartiendra à un substitué, ou profitera à l'héritier débiteur du legs. Puisque tout dépend de la volonté du testateur, il faut décider que l'accroissement aussi a lieu par sa volonté; seulement sa volonté n'est pas déclarée d'une manière expresse, elle se manifeste par la manière dont le legs est conçu; en léguant la même chose, par une même clause, à deux personnes, il la lègue pour le tout à chacune d'elles; il veut donc que celui des légataires qui viendra seul au legs ait toute la chose, de préférence à l'héritier chargé d'acquitter le legs (2). Mais comme sa volonté ne s'exprime

(1) Aubry et Rau, t. VI, p. 202, note 29 du § 726. Ricard, III<sup>e</sup> partie, n° 445.

(2) Duranton, t. IX, p. 487, n° 498. Mourlon, t. II, p. 394. Bruxelles 26 novembre 1868 (*Pasicriste*, 1869, 2, 78).



que par la manière dont le legs est formulé, il en faut conclure que ce n'est qu'une volonté présumée. C'est en ce sens que les articles 1044 et 1045 sont rédigés. La loi commence par dire qu'il y a lieu à accroissement au profit des légataires dans le cas où le legs sera fait à plusieurs conjointement. C'est une disposition impérative en apparence; en réalité, la loi ne fait que présumer que la part du colégataire conjoint qui ne vient pas au legs doit accroître à son colégataire. En effet, tout dépend du point de savoir s'il y a conjonction. Or, en énumérant les cas dans lesquels il y a conjonction, la loi emploie le terme qui marque une présomption : « le legs sera réputé fait conjointement » (art. 1044 et 1045). Donc, en définitive, l'accroissement repose sur une volonté présumée, dans les deux cas où le code l'admet.

Il résulte de là des conséquences très-importantes. D'abord lorsque le législateur présume la volonté des parties, il est libre à celles-ci de manifester une volonté contraire, la volonté expresse l'emportant toujours sur la volonté présumée; donc le testateur peut déclarer qu'il n'y aura pas lieu au droit d'accroissement dans les cas où la loi, en se fondant sur sa volonté probable, décide qu'il y a lieu à accroissement. De même le testateur peut dire que l'accroissement se fera dans les cas où, d'après le code, on présume que la volonté du testateur est qu'il n'y ait point d'accroissement. Sur ce premier point, il n'y a aucun doute, c'est l'application du principe qui domine la matière des legs: la volonté du testateur fait loi; le législateur n'intervient que pour l'interpréter quand le défunt ne l'a pas formellement exprimée. Mais cette interprétation n'étant basée que sur des probabilités peut être combattue par la preuve contraire. C'est le droit commun en matière de présomptions, et les articles 1044 et 1045 n'établissent que des présomptions. Nous aboutissons à une conséquence qui diminue de beaucoup l'importance que l'on a toujours attachée aux règles qui régissent l'accroissement; ces règles n'ont rien d'absolu, tout dépend de l'intention du disposant, et l'on peut invoquer la volonté du défunt contre les règles que la loi a établies, en interprétant l'intention

du testateur d'après la forme qu'il a donnée à sa pensée. C'est dire que, dans l'accroissement comme dans toute la matière des legs, le fait l'emporte sur le droit. Cela est fondé en droit et en raison : en droit, la volonté du testateur tient lieu de loi : en raison, on ne doit pas attacher à la formule dont le testateur se sert une importance trop grande, car les testateurs ignorent les subtilités et jusqu'aux notions les plus élémentaires du droit. Il faut donc laisser de côté ces subtilités, si l'on ne veut méconnaître la volonté du testateur. Nous en avons déjà fait la remarque, et l'on ne saurait trop la répéter (1).

**301.** Pour comprendre les présomptions établies par les articles 1044 et 1045, il faut connaître les distinctions que l'on admettait dans l'ancien droit. Nous n'entendons pas faire l'histoire du droit d'accroissement, elle est complètement inutile pour l'explication du code; nous serions tenté de dire que le jurisconsulte fait bien d'oublier tout ce que l'étude du droit romain lui a appris en cette matière; les mœurs et les habitudes romaines ne sont plus les nôtres; et quand il s'agit d'interpréter la volonté des hommes, il faut rechercher ce qu'ils pensent et veulent aujourd'hui, et non ce qu'ils voulaient et pensaient il y a deux mille ans. La seule chose qu'il importe de se rappeler, ce sont les cas dans lesquels on admettait jadis le droit d'accroissement et les formules traditionnelles qui servent à exprimer ces cas.

On distinguait trois cas de conjonction et, par suite, d'accroissement. Le premier est connu sous le nom de conjonction *re et verbis*. Je lègue ma ferme à Pierre et à Paul. Les deux légataires sont doublement conjoints; ils le sont par l'identité de la chose qui leur est léguée indivisément et solidairement, comme disait Ricard; ils le sont encore parce que c'est une seule et même clause qui les unit; ils sont donc conjoints par la chose et par la formule du legs, *re et verbis*. Le droit d'accroissement n'était pas douteux dans ce cas, puisque chaque légataire était appelé à toute la chose.

(1) Comparez Coin-Delisle, p. 512, n° 3 de l'article 1044. Marcadé, t. IV, p. 141, n° IV de l'article 1044.



La conjonction avait lieu *verbis tantum* lorsque le testateur légua la même chose à plusieurs par une seule et même clause, mais avec désignation de parts. « Je lègue ma ferme à Pierre et à Paul, à chacun pour moitié. » Les deux légataires ne sont conjoints que parce qu'ils se trouvent institués par une seule et même disposition; mais il n'y a pas de conjonction quant à la chose léguée, il y a plutôt deux legs : Pierre est légataire d'une moitié et Paul est légataire de l'autre moitié. Puisqu'ils ne sont pas appelés au tout, il est impossible qu'ils aient le tout; si donc l'un fait défaut, la moitié de la ferme ne peut pas accroître à l'autre, car elle ne lui a pas été léguée.

Enfin la conjonction avait lieu *re tantum* lorsque le testateur légua un seul et même corps certain et déterminé à plusieurs personnes, mais par des clauses distinctes et séparées. Je dis, dans une première clause, que je lègue ma ferme à Pierre; par une seconde clause, je lègue cette même ferme à Paul; ils sont conjoints *re*, par l'identité de la chose, puisque c'est la même ferme qui est donnée aux deux légataires. Mais ils ne sont pas conjoints *verbis*, puisqu'ils sont institués par des clauses différentes. Si l'un d'eux faisait défaut, l'autre avait droit à toute la ferme, parce qu'elle lui avait été léguée tout entière.

**302.** Le code a-t-il consacré l'ancienne théorie? Il admet le droit d'accroissement quand les légataires sont conjoints *re et verbis*; c'est le cas prévu par l'article 1044. Le legs est fait par une seule et même disposition; donc les légataires sont conjoints *verbis*. Le testateur n'a pas assigné la part de chacun des colégataires dans la chose léguée; donc chacun est appelé à toute la chose, ils sont donc conjoints *re*. A raison de cette double conjonction, la loi admet le droit d'accroissement lorsque l'un des colégataires ne peut ou ne veut venir au legs.

Par cela même la loi n'admet pas le droit d'accroissement lorsque le testateur a assigné la part de chacun des colégataires dans la chose léguée, bien qu'ils soient institués par une seule et même disposition. Dans la théorie du code, la conjonction *verbis tantum* n'est pas une conjonction, et par suite il n'y a pas d'accroissement.

L'article 1045 prévoit le cas de conjonction *re tantum*. Une chose est donnée par le même acte à plusieurs personnes, mais séparément, c'est-à-dire par dispositions séparées, distinctes; le code n'admet la conjonction et, par suite, le droit d'accroissement que sous une condition, c'est que la chose ne soit pas susceptible d'être divisée sans détérioration.

Le code déroge donc à l'ancien droit pour la conjonction *verbis tantum* et pour la conjonction *re tantum*. Quels sont les motifs et surtout quelle est la portée de ces dérogations? C'est ce que nous allons voir en examinant les divers cas dans lesquels il y a lieu au droit d'accroissement.

#### N° 2. QUAND Y A-T-IL LIEU AU DROIT D'ACCROISSEMENT?

##### I. De la conjonction *re et verbis*.

**303.** Quand une seule et même chose est léguée à plusieurs personnes par une seule et même proposition, les légataires sont conjoints, c'est-à-dire, comme l'explique Pothier, qu'ils sont légataires du total de la chose. Lorsque l'un et l'autre viennent au legs, il se fait nécessairement des parts, puisque la chose ne peut appartenir à chacun d'eux pour le total. Mais si l'un des légataires fait défaut, l'autre aura le tout; pourquoi? *Jure accrescendi*, répond Pothier, ou plutôt *jure non decrescendi*, car chacun des colégataires étant légataire du total de la chose, il prend le total par cela seul qu'à défaut de concours il ne se fait point de parts. C'est donc improprement que l'on appelle *accroissement* le droit en vertu duquel le légataire resté seul prend toute la chose. Il ne lui accroît rien, car il était appelé au total de la chose. Il ne lui décroît rien, parce que son colégataire ne concourt pas avec lui (1).

**304.** S'il y a conjonction et, par suite, accroissement, pour mieux dire, non-décroissement, pourquoi l'article 1044 dit-il que le legs sera *réputé* fait conjointement?

(1) Pothier, *Des donations testamentaires*, n° 340.