

le legs de son colégataire soit devenu caduc (1). S'il s'agit d'un successeur à titre particulier, tel qu'un cessionnaire, la question est très-controversée; nous y reviendrons au titre de la *Vente*.

SECTION IV. — Des exécuteurs testamentaires.

§ I^{er}. *Notions générales.*

322. L'article 1025 dit que le testateur peut nommer un ou plusieurs exécuteurs testamentaires. De droit, c'est l'héritier *ab intestat* ou le légataire universel qui est chargé d'exécuter les dernières volontés du défunt. Néanmoins, dit Pothier, il est assez d'usage que les testateurs, pour procurer une plus sûre, plus exacte et plus diligente exécution de leurs dernières volontés, nomment des personnes à qui ils la confient : on les appelle *exécuteurs testamentaires* (2).

On rapporte l'origine de cette institution aux legs pieux qui devinrent très-fréquents après l'établissement du christianisme; les héritiers s'acquittant avec peu de fidélité de ces legs, les testateurs en chargèrent un ami dans lequel ils avaient pleine confiance (3). Toutefois le mandat de ces exécuteurs testamentaires était spécial, il n'avait pour objet que les dispositions dont l'exécution dépendait de la seule bonne foi des héritiers. Dans nos anciennes coutumes, l'exécution testamentaire prit une plus grande extension, le mandataire institué par le testateur étant chargé de veiller à l'exécution de toutes les dispositions testamentaires. Les exécuteurs testamentaires sont donc une institution coutumière (4).

323. Nous avons appelé l'exécution testamentaire un mandat. Le code ne le dit point; mais cela résulte de la nature même de la charge que le testateur confie à l'exé-

(1) Aubry et Rau, t. VI, p. 210 et note 45. Demolombe, t. XXII, p. 367, n° 390, et les auteurs qu'ils citent.

(2) Pothier, *Des donations testamentaires*, n° 206.

(3) Toullier, t. III, 1, p. 320, n° 576.

(4) Coin-Delisle, p. 485, n° 1 de l'article 1025.

teur. En effet, le testateur donne pouvoir à la personne qu'il choisit d'exécuter ou de faire exécuter ses dispositions; lorsque l'exécuteur accepte cette commission, le mandat devient parfait par le concours des volontés du mandant et du mandataire. Furgole conclut de là qu'il faut appliquer à l'exécution testamentaire les règles qui sont faites pour le mandat, mais il a soin d'ajouter autant que la chose peut le comporter; car les coutumes, et le code civil à leur suite, ont introduit bien des choses à l'égard des exécuteurs testamentaires qui ne conviennent pas au mandat (1).

Il y a d'abord ceci de singulier qu'il y a un mandataire sans que l'on sache d'une manière précise qui est le mandant. Furgole dit que le testateur met l'exécuteur testamentaire à sa place ou à celle des héritiers, de sorte que l'on ne sait s'il est mandataire du testateur ou des héritiers. Les auteurs modernes ne s'accordent pas davantage. Il y en a qui disent que l'exécuteur testamentaire est le mandataire des héritiers et des légataires nommé par le testateur. Coin-Delisle dit que l'on ne peut pas émettre plus clairement une idée doublement fautive; selon lui l'exécuteur testamentaire ne peut être que le mandataire du testateur dont il tient ses pouvoirs. Cependant l'idée de Vazeille a été reproduite par des auteurs très-exacts; d'après Aubry et Rau, l'exécuteur testamentaire est un mandataire imposé à ses héritiers ou légataires universels (2). Ces dissentiments sur un point aussi élémentaire ne prouveraient-ils pas que l'exécution testamentaire est un mandat d'une nature toute spéciale auquel on ne peut guère appliquer les notions du mandat ordinaire? Il est certain que l'exécuteur testamentaire tient ses pouvoirs du testateur; mais, d'après le droit commun, le mandat finit avec la mort du mandant, tandis que l'exécution testamentaire commence seulement à la mort du testateur. Ainsi le mandat se forme à un moment où le mandant ne

(1) Furgole, *Des testaments*, chap. X, sect. IV, n°s 13 et 15 (t. IV, p. 152).

(2) Furgole, chap. X, sect. IV, n°s 13 et 14 (t. IV, p. 252). Vazeille, t. III, p. 88, art. 1025, n° 1; Coin-Delisle, p. 486, n° 4 de l'article 1025 et note; Aubry et Rau, t. VI, p. 131, § 711.

peut plus consentir. Cela prouve qu'il n'y a pas de mandat véritable donné par le testateur, car le mandat est un contrat, et le contrat ne peut se former que par le concours du consentement de toutes les parties contractantes. Dira-t-on que l'exécuteur testamentaire est le mandataire des héritiers, imposé, si l'on veut? Ici encore les notions du mandat ordinaire font défaut. Le mandataire représente le mandant et agit en son nom; c'est, en réalité, le mandant qui agit par l'intermédiaire du mandataire. Tel n'est certes pas le rôle de l'exécuteur testamentaire. Il représente si peu les héritiers, qu'il est plutôt établi contre eux, il limite et entrave leur action; s'il prend leur place pour exécuter les dernières volontés du défunt, c'est parce que le testateur se défie de l'exactitude, de la diligence et même de la bonne foi de ses héritiers; voilà donc un mandataire, si on le veut considérer comme tel, qui fait ce que les prétendus mandants ne sont pas disposés à faire. Concluons que l'exécution testamentaire est un mandat que les coutumes et le code civil ont organisé sans tenir compte du droit commun.

324. Dans quelle forme doit se faire la nomination de l'exécuteur testamentaire? Pothier dit que le testateur le nomme par son testament. Furgole croit que la nomination pourrait aussi être faite dans tout autre acte public ou privé qui suffirait pour constater un mandat (1). On voit que l'idée du mandat égare les interprètes au lieu de les éclairer. Tous les auteurs modernes se rangent à l'avis de Pothier : une clause concernant l'exécution du testament fait partie essentielle du testament et doit, par conséquent, se trouver dans l'acte qui contient les dernières volontés du défunt. Nous n'admettrions pas même, comme le font certains auteurs, que la nomination puisse se faire par codicille, c'est-à-dire dans un acte revêtu des formes du testament, mais n'ayant d'autre objet que la nomination de l'exécuteur testamentaire (2). Le mot de *codicille* ne

(1) Pothier, *Des donations testamentaires*, n° 206. Furgole, chap. X, sect. IV, n° 10 (t. IV, p. 151).

(2) Aubry et Rau, t. VI, p. 131. Coin-Delisle, p. 486, n° 6 de l'article 1025. Démolombe, t. XXII, p. 17, n° 21.

se trouve pas dans nos lois, et l'on ferait bien de ne pas se servir de termes que nos lois ignorent, surtout quand ils sont relatifs à un ordre d'idées qui nous est complètement étranger. Pour qu'il y ait un testament, il ne suffit point que les formes testamentaires soient observées, il faut aussi que l'acte dispose des biens du défunt. Si donc le testateur nommait un exécuteur testamentaire dans un acte écrit, daté et signé par lui, cette nomination ne serait pas valable, ce serait un acte fait dans les formes testamentaires, ce ne serait pas un testament. Or, la tradition et les principes veulent que le testateur nomme son exécuteur testamentaire dans son testament. Cela est peut-être trop rigoureux, mais c'est au législateur seul à corriger la rigueur de la loi.

325. L'exécution testamentaire n'est pas une fonction publique, c'est un simple office d'ami qui a pour objet des intérêts purement privés. De là suit, dit Pothier, que des personnes qui ne sont pas capables de fonctions publiques ne laissent pas de pouvoir être exécuteurs. Une femme peut donc être exécutrice testamentaire; le code le dit (art. 1029). Un étranger peut être investi de ce mandat (1).

L'article 1028 porte que celui qui ne peut pas s'obliger ne peut pas être exécuteur testamentaire. C'est une nouvelle dérogation aux règles du mandat. Aux termes de l'article 1990, les femmes et les mineurs émancipés peuvent être choisis pour mandataires; tandis que le testateur ne pourrait pas les nommer exécuteurs testamentaires. Il y a une raison de cette différence; elle prouve que l'on a tort d'assimiler l'exécution testamentaire à un mandat. Les exécuteurs sont responsables de leur gestion, ils en doivent rendre compte aux héritiers; or, ce ne sont pas les héritiers qui les choisissent, c'est plutôt contre eux qu'ils sont nommés; mais si le testateur veut des garanties contre les héritiers, la loi veut que les héritiers en aient aussi contre les exécuteurs testamentaires; et la garantie la plus naturelle est que ceux-ci soient capables de s'obliger. Cette disposition est remarquable, elle nous

(1) Colmar, 8 novembre 1821 (Dalloz, n° 4046).

fait connaître un autre caractère de l'exécution testamentaire. Bien que ce soit le testateur qui nomme l'exécuteur, il ne lui est pas permis de confier l'exécution à qui il veut, la loi limite les pouvoirs du testateur dans l'intérêt des héritiers. Si donc l'exécution testamentaire est un mandat, ce n'est pas un mandat qui dépend uniquement de la volonté de celui qui la confère, c'est aussi un mandat légal, en ce sens que la loi le définit et le limite (1). Ce principe est fondamental; nous y reviendrons.

326. Par application de ce principe, la loi déclare que le mineur ne pourra être exécuteur testamentaire; en effet, les mineurs sont incapables de contracter (art. 1124). L'article 1030 ajoute que le tuteur ne peut autoriser le mineur à être exécuteur testamentaire. Il était inutile de le dire; dans notre droit moderne, ce n'est pas le mineur qui agit avec l'autorisation du tuteur, c'est le tuteur qui représente le mineur dans tous les actes civils (art. 450); il serait donc contraire aux principes de notre tutelle que le mineur remplît les fonctions d'exécuteur testamentaire avec autorisation de son tuteur.

D'après l'article 1030, le mineur émancipé ne peut pas non plus être exécuteur testamentaire, même avec l'autorisation de son curateur (2). Il est vrai que le mineur émancipé est capable dans de certaines limites, mais le législateur n'a pas cru que cette capacité limitée fût suffisante pour garantir les intérêts des héritiers.

327. Quant à la femme mariée, elle est incapable en ce sens qu'elle ne peut s'obliger sans l'autorisation de son mari ou de justice. Il y a cette différence entre l'autorisation de justice et celle du mari que la justice ne peut autoriser la femme à s'obliger que sur la nue propriété de ses biens si le mari en a la jouissance; tandis que le mari, en autorisant sa femme à s'obliger, renonce à son usufruit en faveur des créanciers, lesquels ont, en conséquence, action sur la toute propriété des biens de la femme. Cette distinction explique la première

(1) Toullier, t. III, 1, p. 321, n° 578. Demolombe, t. XXII, p. 20, n° 24
(2) Le curateur n'autorise pas le mineur émancipé; il l'assiste simplement.

disposition de l'article 1029 : la femme ne peut accepter l'exécution testamentaire qu'avec le consentement de son mari. La loi suppose que la femme est mariée sous un régime qui donne au mari l'usufruit de ses biens; tels sont le régime de la communauté, le régime exclusif de communauté et le régime dotal en ce qui concerne les biens dotaux : la femme mariée ne pourrait pas, sous ces régimes, accepter l'exécution testamentaire avec autorisation de justice, parce que cette autorisation ne donnerait aux créanciers qu'un droit sur la nue propriété des biens de la femme, et cette garantie serait insuffisante. Il n'en est pas de même de la femme séparée de biens, soit par contrat de mariage, soit par jugement; elle peut accepter l'exécution testamentaire avec le consentement de son mari, ou, sur son refus, autorisée par justice. Sous ce régime, le mari n'a point la jouissance des biens de sa femme; par suite la femme, en s'obligeant, engage la toute propriété de ses biens, pourvu qu'elle s'oblige avec autorisation, soit de son mari, soit de justice.

On demande si le mari qui autorise sa femme, sous le régime de la communauté, à accepter l'exécution testamentaire, oblige la communauté et son propre patrimoine. Nous reviendrons sur la question au titre du *Contrat de mariage*; c'est là qu'est le siège de la matière.

328. La capacité de s'obliger est la seule condition que la loi exige. Du reste, elle n'établit aucune incapacité spéciale. Il en résulte que le testateur peut charger de ces fonctions un légataire, un témoin et même le notaire qui reçoit le testament (1). Pour les notaires il y a une légère difficulté : ils ne peuvent pas recevoir d'acte contenant une disposition en leur faveur; on a invoqué cette prohibition établie par la loi du 25 ventôse an XI (art. 8) pour en induire que le testament est nul s'il confère au notaire l'exécution testamentaire. La cour de Gand répond, et la réponse est péremptoire, que l'exécution testamentaire, par elle-même, loin d'être une libéralité, est une charge, un simple mandat, ce qui exclut l'application de l'article 8.

(1) Aubry et Rau, t. VI, p. 132, et notes 4 et 5.

elle ne dépasse pas le montant des services, il n'y a pas de raison pour déclarer nul le legs que le testateur a fait à l'exécuteur testamentaire. Peu importe qu'il l'ait qualifié de legs. Les tribunaux décideront s'il y a salaire ou legs d'après les circonstances, les soins que l'exécution demande et le montant de la récompense qui lui est léguée.

Il a été jugé à plusieurs reprises par les cours de Belgique que la disposition faite en faveur de l'exécuteur testamentaire était un legs. Les termes mêmes du testament et le montant de la récompense ne laissent aucun doute (1). On applique, dans ce cas, les principes qui régissent les legs, et en ce qui concerne la capacité du légataire et en ce qui concerne ses obligations à l'égard du fisc.

Ces principes reçoivent aussi leur application aux notaires. D'après l'article 8 de la loi du 25 ventôse an XI, tel qu'il est généralement interprété, les notaires ne peuvent recevoir un testament qui contient des dispositions en leur faveur. Donc si la disposition faite en faveur de l'exécuteur testamentaire contenait une libéralité, elle serait nulle et le testament lui-même serait vicié (2). Mais une rémunération (3) ou un salaire n'empêcheraient pas l'acte d'être valable. La cour de Douai a jugé le contraire en se fondant sur ce que l'exécution testamentaire avec salaire rendait le notaire partie à l'acte (4). Nous avons d'avance répondu à l'objection. Le notaire n'est pas partie à l'acte où il est nommé exécuteur testamentaire; il ne l'est pas davantage lorsqu'un salaire est attaché au mandat qui lui est conféré. S'il était partie à l'acte, il y aurait concours de consentement, donc contrat; et un testament peut-il être un contrat? On voit que c'est toujours l'idée du mandat qui induit les interprètes en erreur. Dans notre opinion, l'exécution testamentaire n'est pas un véritable mandat.

(1) La Haye, 23 janvier 1824 (*Pasicrisie*, 1824, p. 17). Bruxelles, 4 août 1852 (*Pasicrisie*, 1853, 2, 26).

(2) Comparez Gand, 6 février 1857 (*Pasicrisie*, 1857, 2, 170).

(3) Gand, 18 janvier 1872 (*Pasicrisie*, 1872, 2, 102).

(4) Douai, 15 janvier 1834 (Dalloz, au mot *Notaire*, n° 414).

330. On doit cependant appliquer par analogie à l'exécution testamentaire les principes qui régissent le mandat lorsqu'il y a même motif de décider : l'application analogique des lois est de droit commun. Ainsi on demande si l'exécuteur peut refuser la charge qui lui est confiée, alors qu'il n'a point d'excuse légitime. Tout le monde admet que l'on peut refuser l'exécution testamentaire comme on peut refuser le mandat, sans être obligé d'alléguer une excuse. Mais une fois que l'exécuteur a accepté la charge, il est lié par son consentement comme le mandataire, bien qu'il n'y ait pas de mandat proprement dit. On l'enseigne du moins ainsi (1). Cela est douteux; il n'y a pas de contrat, l'exécuteur ne s'oblige pas envers le testateur qui n'existe plus; il ne s'oblige pas envers les héritiers dont il n'est pas le mandataire, ni envers les légataires qui ne sont pas appelés à consentir. A notre avis donc, il peut abandonner l'exécution testamentaire quand il le voudra; il en est autrement en matière de mandat (art. 2007); mais ici l'analogie fait défaut, on ne peut pas comparer l'exécuteur qui ne contracte d'obligation envers personne au mandataire qui s'oblige envers le mandant.

Ces principes reçoivent exception lorsque le testateur a fait un legs à l'exécuteur testamentaire à raison de la charge qu'il lui impose. L'exécuteur peut toujours refuser la charge en renonçant au legs; c'est le droit commun. Y a-t-il des cas où il aurait droit au legs tout en refusant la charge? Cela dépend de l'intention du testateur, c'est donc une question de fait abandonnée à l'appréciation du juge. Il y a des auteurs qui disent que l'on doit présumer que le testateur a fait le legs en vue de la charge; d'autres soutiennent que, dans certaines circonstances du moins, on doit présumer le contraire. Mieux vaut dire qu'il n'y a aucune présomption; de présomption légale il n'en saurait être question; les présomptions de l'homme dépendent des faits de la cause, et les faits varient d'une cause à

(1) Furgole, chap. X, sect. IV, nos 20 et 22 (t. IV, p. 154 et 155), et tous les auteurs modernes (Dalloz, n° 4032, et Demolombe, t. XXII, p. 6, nos 7 et 8).

l'autre, il est assez inutile de les prévoir *à priori* et impossible d'établir des règles à cet égard.

On demande encore si l'exécuteur testamentaire peut refuser la charge après qu'il a accepté le legs. Si le legs est indépendant de la charge, il va de soi qu'il peut recueillir le legs et refuser la charge, en droit du moins; au point de vue de la délicatesse, la décision serait différente. Si le legs est fait à raison de la charge, on rentre dans le droit commun; il y aura un legs fait avec charge, de sorte que le légataire s'oblige à remplir la charge en acceptant le legs (1).

331. L'exécuteur testamentaire peut-il se faire remplacer par un fondé de pouvoir? Quand le testateur lui a donné ce droit, il n'y a plus de question (2). La cour de cassation a jugé en termes généraux « qu'aucune loi n'oblige l'exécuteur testamentaire à agir en personne et ne lui défend de faire remplir, par un fondé de pouvoir spécial, tous les devoirs qui lui sont imposés par le testament (3). » Il n'y a pas de loi, cela est vrai, et en l'absence d'une loi, il serait difficile de défendre à l'exécuteur testamentaire de se faire remplacer. Toutefois il y a un motif de douter. D'ordinaire le testateur donne la saisine du mobilier à l'exécuteur testamentaire; pourrait-il transporter cette saisine, avec les droits qui en résultent, à un mandataire? Cela nous paraît bien douteux. Il est dans l'esprit de la loi que l'exécuteur testamentaire remplisse lui-même l'office d'ami qui lui a été confié; l'amitié et la confiance ne se transportent pas par voie de procuration. On ne conçoit pas davantage que les héritiers doivent souffrir les restrictions que l'exécution testamentaire apporte à leurs droits de la part d'un tiers à qui l'exécuteur transmettrait ses pouvoirs. Il y a une lacune dans la loi, nous la signalons au législateur; à notre avis, les droits et devoirs de l'exécuteur testamentaire sont intransmissibles.

(1) Comparez Duranton, t. IX, p. 375, n° 391; Demolombe, t. XXII, p. 9, nos 12-14.

(2) Colmar, 8 novembre 1821 (Daloz, n° 4046).

(3) Rejet, 26 mai 1829 (Daloz, n° 4056). C'est l'opinion générale (Coin-

§ II. Droits et obligations de l'exécuteur testamentaire.

N° 1. PRINCIPE.

332. Il y a un principe qui domine toute cette matière : le testateur peut-il accorder à l'exécuteur testamentaire tels droits qu'il veut, ou les pouvoirs de l'exécuteur doivent-ils être restreints dans les limites établies par la loi? La question est très-controversée et les doutes ne manquent point. Nous croyons que le testateur ne peut pas donner à l'exécuteur testamentaire d'autres droits, d'autres pouvoirs que ceux que la loi elle-même lui confère. Ce principe résulte de la nature même de l'exécution testamentaire. Elle impose des restrictions au droit des héritiers; et qui les impose? Le testateur, c'est-à-dire que le défunt prolonge son empire au delà de la tombe et qu'il apporte des entraves à l'exercice du droit de propriété à un moment où il a cessé de vivre. Voilà certes une situation exceptionnelle, une dérogation aux principes fondamentaux qui régissent le droit de propriété. Dès l'instant de son décès, le défunt cesse d'être propriétaire : la propriété et la possession de ses biens passent de plein droit sur la tête de ses héritiers. Or, la propriété est un droit absolu, exclusif, la loi seule ou les conventions librement consenties par les propriétaires y peuvent apporter des restrictions. Conçoit-on que celui qui ne vit plus, qui ne peut plus avoir aucun droit, vienne restreindre les droits des vivants et que sa volonté exerce son empire, alors qu'il a cessé d'être? On dit que tel est le droit du testateur, puisqu'il dispose de ses biens pour le temps où il n'existera plus (art. 895). Sans doute; mais quel est le temps où les dispositions du défunt reçoivent leur exécution et quelles sont les dispositions qu'il lui est permis de prendre? Il dispose de ses biens, c'est-à-dire qu'il en transmet la propriété à ses légataires à l'instant de sa mort. A ce moment, tous ses droits cessent et d'autres

Delisle, p. 488, n° 14 de l'article 1025; Aubry et Rau, t. VI, p. 132 et note 10; Demolombe, t. XXII, p. 34, n° 41.