

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.

droits s'ouvrent. Les droits des héritiers institués et des légataires sont créés par la volonté du testateur, mais dès qu'ils sont ouverts, ils sont indépendants de cette volonté. C'est donc un droit tout à fait exceptionnel que le testateur exerce quand il charge un exécuteur testamentaire de l'exécution de ses dernières volontés; le mandat qu'il lui donne ne commence qu'après sa mort, il agit, par l'intermédiaire de son mandataire, à un moment où il n'existe plus; il agit comme propriétaire, alors que la propriété ne lui appartient plus; il vient restreindre des droits qui ne dépendent plus de lui. Tout cela est anormal, exceptionnel au plus haut degré et, par conséquent, de la plus stricte interprétation.

Vainement dit-on que le testateur est libre de disposer de son patrimoine comme il l'entend; qu'il pourrait ne rien donner à ses légataires, qu'à plus forte raison il peut restreindre leurs droits en nommant un exécuteur testamentaire (1). L'objection suppose que celui qui peut le plus peut toujours le moins. Or, rien n'est plus faux que ce prétendu principe, si l'on veut en faire une règle générale. Sans doute le testateur pouvait ne rien laisser à ceux qu'il a institués ses légataires; mais il ne peut pas leur transmettre une propriété autre que celle que la loi organise; il ne peut pas leur transmettre une propriété limitée, alors que la loi déclare la propriété absolue et illimitée; il ne peut pas avoir la prétention d'exercer encore son droit de propriété alors qu'il n'est plus propriétaire et qu'il ne vit même plus.

On objecte qu'il n'y a aucune raison pour restreindre le droit que la loi donne au testateur de charger un exécuteur testamentaire de l'exécution de ses volontés. Que veut la loi? Elle veut donner au testateur le moyen de pourvoir à l'exécution de ses dispositions; elle doit donc lui permettre d'investir son exécuteur testamentaire de tous les pouvoirs qui sont nécessaires pour atteindre ce but (2). C'est oublier que les héritiers ont aussi des droits

(1) Troplong, n° 2026, t. II, p. 201. Demolombe, t. XXII, p. 80, n° 90.

(2) Aubry et Rau, t. VI, p. 133 et note 11, § 711.

dont il faut tenir compte; il s'agit de concilier les droits des légataires, dont l'exécuteur est le représentant, avec les droits des héritiers. En principe, le droit des héritiers est un droit absolu, puisque c'est un droit de propriété, et en principe aussi le droit du testateur cesse à sa mort. C'est au législateur et à lui seul de déterminer quels droits il veut maintenir au testateur après qu'il a cessé d'exister et dans quelles limites il lui permet d'entraver le droit de propriété des héritiers. Ces limites sont-elles trop étroites? la loi aurait-elle dû accorder un pouvoir plus étendu au testateur? Ce sont des questions de législation qu'il n'appartient pas à l'interprète de résoudre. De quel droit viendrait-il donner à un mort des pouvoirs que la loi ne lui donne pas? De quel droit viendrait-il modifier la propriété des héritiers que la loi déclare absolue (1)?

On dit que cette interprétation restrictive rend la loi illogique, inconséquente. C'est oublier que l'exécution testamentaire s'est introduite par les mœurs, avant d'être formulée par la loi. La tradition joue donc un grand rôle en cette matière, et il en faut tenir grand compte, sauf à la modifier par voie législative, s'il y a lieu. Pothier demande si le testateur peut étendre la saisine que les coutumes accordaient à l'exécuteur testamentaire. « Je ne le pense pas, dit-il, car c'est par la vertu de la loi que l'exécuteur a cette saisine des biens du testateur; comme c'est en faveur du testateur que la loi l'accorde, le testateur peut bien le restreindre, mais il ne peut l'étendre; car il ne peut par sa seule volonté saisir de ses biens, après sa mort, son exécuteur, n'y ayant que la loi qui puisse accorder à l'exécuteur cette saisine, le testateur ne peut l'accorder au delà de ce que la loi accorde. » C'est l'avis de Ricard (2). Ce que Pothier et Ricard disent de la saisine, il faut l'appliquer, par identité de raison, à tous les pouvoirs de l'exécuteur testamentaire, parce qu'il y a identité de raison. Il est vrai que, dans l'ancien droit, les

(1) Zachariæ, édition de Massé et Vergé, t. III, p. 261. Comparez Bayle-Mouillard sur Grenier, t. III, p. 12, et les remarques très justes du rédacteur des arrêts de la cour de Bruxelles (*Pasicrisie*, 1815, p. 529).

(2) Pothier, *Des donations testamentaires*, n° 217.

coutumes elles-mêmes donnaient la saisine à l'exécuteur, tandis que, d'après le code civil, le testateur peut la donner s'il le veut; mais cette différence ne touche pas à la question que nous débattons, car c'est toujours en vertu de la loi que le testateur confère la saisine; il ne peut donc la conférer que dans les limites que la loi établit.

333. Les auteurs se prononcent généralement pour l'opinion contraire, mais leur désaccord est tel que l'on peut à peine dire qu'ils aient un principe. MM. Aubry et Rau distinguent; ils admettent l'interprétation restrictive quand il s'agit de pouvoirs qui n'ont pas pour objet l'exécution des dernières volontés du testateur; mais le législateur ayant autorisé le testateur à nommer un exécuteur testamentaire, il lui a par cela même donné la faculté de conférer à ce mandataire tous les pouvoirs qui lui seraient nécessaires d'après les circonstances (1). La distinction est peu juridique. Si le testateur ne peut limiter le droit de propriété des héritiers, en donnant des pouvoirs à son mandataire en dehors de l'exécution du testament, il n'a pas davantage ce droit en dehors des limites que la loi trace à l'exécution testamentaire. Dans la théorie que nous combattons, il eût suffi de l'article 1025 qui donne au testateur le droit de nommer un exécuteur testamentaire; il était inutile de parler des pouvoirs qui dérivent de ce mandat, puisque le testateur est libre de les déterminer d'après les circonstances. Si la loi les définit, elle doit avoir une raison pour le faire; et cette raison est précisément que le législateur a voulu et dû fixer des limites qu'il n'appartient pas au testateur de dépasser. C'est le seul moyen de prévenir l'arbitraire, c'est-à-dire la violation du droit de propriété qui appartient aux héritiers; en effet, où s'arrêteront les pouvoirs qui tiennent à l'exécution des dernières volontés? Il est impossible de le dire; c'est donc permettre aux tribunaux de modifier les droits que les héritiers tiennent de la loi. Cela est inadmissible.

M. Demolombe reproduit la distinction des éditeurs de Zachariæ. Ce qu'il ajoute ne donne pas une grande auto-

(1) Aubry et Rau, t. VI, p. 133 et note 12.

rité à cette doctrine. Il pose comme principe que la faculté de nommer un exécuteur testamentaire est une conséquence de la faculté de faire un testament; d'où il conclut, avec la cour de Douai, que l'étendue des pouvoirs que le testateur peut conférer à ses exécuteurs testamentaires est corrélatrice à celle des dispositions testamentaires elles-mêmes (1). A notre avis, le point de départ est faux et la conséquence tombe avec le prétendu principe. L'homme a-t-il un pouvoir quelconque après sa mort? Non, certes. La loi lui donne le droit de tester; si elle ne le lui donnait pas, il ne pourrait disposer de ses biens en mourant. Tout est donc de droit étroit en cette matière. Si la loi n'accordait au testateur le pouvoir de nommer un exécuteur testamentaire, il ne l'aurait pas; si donc il l'a, c'est parce que la loi le lui confère, partant il ne peut l'exercer que dans les limites déterminées par la loi. M. Demolombe lui-même y apporte des restrictions qu'il est inutile de discuter: appartient-il à l'interprète de limiter l'exercice d'un droit? Le législateur seul qui crée un droit aussi exorbitant que celui d'agir quand on est mort, peut et doit circonscrire les limites dans lesquelles il s'exerce.

Les éditeurs de Zachariæ citent, à l'appui de leur doctrine et comme la partageant, des auteurs qui ne posent aucun principe, tel que Duranton et d'autres qui professent une opinion différente. Vazeille semble donner à l'exécuteur testamentaire tous les pouvoirs qui lui sont nécessaires pour procurer l'exécution du testament, sans que le testateur les lui ait accordés (2). C'est dépasser la loi et faire une loi nouvelle. Le code détermine avec soin les pouvoirs que le testateur peut conférer à l'exécuteur testamentaire: pourquoi aurait-il pris cette peine si l'exécuteur a de plein droit la faculté de faire tout ce qui tient à l'exécution du testament?

Troplong, que l'on cite aussi, va encore plus loin que Vazeille. La mission des exécuteurs testamentaires, selon

(1) Demolombe, t. XXII, p. 77, nos 84 et 85. Douai, 26 août 1847 (Dalloz, 1847, 2, 209).

(2) Duranton, t. IX, p. 393, n° 411. Vazeille, t. III, 102, n° 12.

lui, peut être aussi variée que celle des testateurs. C'est dire que la volonté du testateur fait loi. Si tel était le système du code civil, le législateur aurait pu se borner à transcrire la loi des XII Tables. Au lieu de conférer au testateur un pouvoir absolu, le code dit ce qu'il peut et ce qu'il ne peut pas faire. Troplong a une singulière explication des dispositions assez nombreuses de notre section; les articles 1026 et suivants sont plutôt faits pour indiquer la capacité ordinaire des exécuteurs testamentaires et suppléer au silence du testateur que pour limiter sa puissance sur ce qui n'excède pas la portion disponible. Il y a dans ces paroles une confusion complète de principes et d'idées. Qu'est-ce que le disponible a de commun avec l'exécution testamentaire? Et de ce que le testateur peut disposer de tous ses biens lorsqu'il ne laisse pas d'héritiers réservataires, conclura-t-on qu'il peut se survivre et limiter et entraver le droit de propriété de ses héritiers? Dans les articles 1026 et suivants, le législateur ne dit pas ce que l'exécuteur peut faire, il dit quels sont les pouvoirs que le testateur peut conférer à son exécuteur testamentaire et il dit quelles sont les obligations des exécuteurs; il n'est pas question de leur *capacité*. Chose singulière! Après avoir enseigné que le testateur peut tout faire, Troplong lui refuse le droit de donner la saisine des immeubles à l'exécuteur (1). Il faut être conséquent; si les articles 1026 et suivants ne limitent pas les pouvoirs du testateur, celui-ci doit avoir le droit de faire tout ce qu'il juge nécessaire pour l'exécution de ses dernières volontés; si, au contraire, ces dispositions sont limitatives, le testateur ne peut pas les dépasser.

334. La jurisprudence est aussi incertaine que la doctrine. Nous y reviendrons en examinant les questions controversées; pour le moment, nous nous bornons à constater les hésitations de la cour de Bruxelles qui a eu plusieurs fois à s'occuper de la question de principe.

Un testateur donne à son exécuteur testamentaire les pouvoirs les plus étendus, celui de recevoir les capitaux

(1) Troplong, t. II, p. 201, n° 2026.

de rente, d'en faire emploi, de soutenir les procès, de poursuivre les débiteurs. Un débiteur poursuivi oppose le défaut de qualité de l'exécuteur. La cour décide que si le testateur a pu donner à son exécuteur testamentaire la saisine, il l'a également pu investir de tels pouvoirs qu'il a jugé convenir dans l'intérêt de sa succession (1). C'est reconnaître au testateur un pouvoir absolu, illimité.

Il se trouva une testatrice qui usa de ce pouvoir en faisant un testament à la façon des XII Tables: elle donnait à son exécuteur testamentaire le pouvoir de partager sa succession et de réclamer telles sommes qu'il voudrait pour ses devoirs, sans être obligé de fournir aucun compte, et s'il rencontrait la moindre résistance chez les héritiers, il pourrait nommer lui-même les héritiers. La validité même du mandat pouvait être contestée, puisque la testatrice n'avait fait aucune disposition de ses biens. On répondait, pour l'exécuteur testamentaire, que la défunte pouvait exclure ses héritiers légaux, qu'elle pouvait, à plus forte raison, leur transmettre son patrimoine modifié. La cour décida que les pouvoirs que la testatrice avait conférés à son exécuteur étaient exorbitants, qu'elle avait dépassé la loi en lui donnant des pouvoirs dont la loi ne parle pas, que le partage de la succession n'entraîne pas dans les attributions d'un exécuteur testamentaire (2). La cour revenait sur ses pas et entraînait dans la véritable voie qui seule peut conduire à un principe certain, c'est de se conformer au texte du code.

Dans un arrêt postérieur, la cour pose le vrai principe. La faculté de tester, dit-elle, est une pure émanation du droit civil qui règle les droits du testateur. Or, le code civil, en permettant au testateur de nommer des exécuteurs testamentaires, a tracé et fixé leurs fonctions, et il n'est pas permis au testateur de conférer aux exécuteurs des pouvoirs dont la loi ne parle pas. Dans l'espèce, le testateur avait chargé l'exécuteur de liquider la succes-

(1) Bruxelles, 18 novembre 1815 (*Pasicrisie*, 1815, p. 529).

(2) Bruxelles, 1^{er} juin 1816 (*Pasicrisie*, 1816, p. 141).

sion; la cour jugea que la loi ne donne pas ce droit à l'exécuteur et ne permet point de le lui conférer (1).

N° 2. DE LA SAISINE.

I. *Etendue de la saisine.*

335. L'article 1026 porte : « Le testateur pourra donner aux exécuteurs testamentaires la saisine du tout, ou seulement d'une partie de son mobilier; mais elle ne pourra durer au delà de l'an et jour à compter de son décès. S'il ne la leur a pas donnée, ils ne pourront l'exiger. » En matière de succession, on entend par saisine la possession de l'hérédité déferée par la loi aux héritiers d'après un ordre qu'elle établit. Dans l'ancien droit, la saisine des exécuteurs testamentaires était aussi légale; les coutumes la leur accordaient sans qu'ils eussent besoin de l'exiger et sans que le testateur dût la leur donner (2). C'était une conséquence logique de la défiance qui a présidé à l'institution des exécuteurs testamentaires; le défunt les nomme parce qu'il craint que les héritiers n'exécutent pas fidèlement ses dernières volontés; s'il y a des craintes légitimes, c'est surtout pour le mobilier, puisqu'il est si facile de le dissiper et de le détourner. La saisine donnée aux exécuteurs testamentaires était un moyen énergique de prévenir ce danger. On ne voit pas trop pourquoi les auteurs du code n'ont pas maintenu la saisine légale des coutumes; c'est obliger le testateur à la donner, et s'il ignore qu'il ait ce droit, c'est compromettre l'exécution testamentaire, puisque la saisine du mobilier est le moyen le plus énergique d'atteindre le but que le testateur a en vue. Pothier dit que le pouvoir des exécuteurs testamentaires consiste principalement dans la saisine que les coutumes accordent à l'exécuteur testamentaire pour l'accomplissement du testament. Sans la saisine, l'exécution testamentaire manque d'efficacité (3).

(1) Bruxelles, 25 février 1818 (*Pasicrisie*, 1818, p. 44; Dalloz, n° 4025). Dans le même sens, Bruxelles, 28 novembre 1872 (*Pasicrisie*, 1873, 2, 96).

(2) Pothier, *Des donations testamentaires*, n°s 212 et suiv.

(3) Comparez Duranton, t. IX, p. 380, n° 396.

336. Aux termes de l'article 1026, le testateur peut donner la saisine aux exécuteurs testamentaires; s'il ne la leur a pas donnée, ils ne pourront l'exiger. Faut-il conclure de là que la saisine doit être accordée en termes exprès? Il a été jugé que la loi n'exige pas une concession expresse. Il est certain qu'il n'y a de formule sacramentelle pas plus pour la saisine que pour les autres dispositions de dernière volonté (art. 1002 et 967). Mais du moins faut-il une expression de la volonté du testateur, car il déroge à la saisine légale des héritiers ou du légataire universel; et les exceptions demandent généralement une manifestation expresse de la volonté. Si on ne l'exige pas pour la saisine, c'est par application du principe en vertu duquel le testateur peut exprimer sa volonté comme il l'entend. Si un testateur donne à son exécuteur tous les droits, tous les pouvoirs qui constituent la saisine, il faut décider, comme l'a fait la cour de Bruxelles, que l'exécuteur aura la saisine, quoique le testateur n'ait pas prononcé ce mot (1).

337. La loi dit que le testateur peut donner à l'exécuteur testamentaire la saisine de tout le mobilier ou d'une partie du mobilier. L'étendue de la saisine dépend donc de la volonté du testateur, comme la saisine même. Sous ce rapport, l'innovation du code se justifie; la richesse mobilière a acquis une extension que les coutumes ne pouvaient point soupçonner, il y a de grandes fortunes qui sont exclusivement mobilières; si les legs sont peu importants, il est inutile de donner à l'exécuteur la saisine de tout le mobilier, le moyen doit être proportionné au but.

Qu'entend-on par mobilier dans l'article 1026? L'article 535 porte que l'on entend par mobilier tout ce qui est censé meuble d'après les règles que la loi établit. Il comprend donc aussi les droits mobiliers. Toutefois il a été jugé que l'exécuteur ne pouvait réclamer les droits dont le défunt n'est pas maître de disposer; tel serait un bail fait sous la condition que le preneur ne peut le céder, en

(1) Bruxelles, 8 novembre 1842 (*Pasicrisie*, 1842, 2, 320), et 7 juin 1848 (*ibid.*, 1851, 2, 339).