

354. Que faut-il décider s'il n'y a pas d'héritiers incapables? L'exécuteur testamentaire n'est plus obligé, dans ce cas, de requérir l'apposition des scellés, mais il en a certainement le droit. En le chargeant de veiller à ce que le testament soit exécuté, l'article 1031 lui donne le droit de faire tout ce qui est nécessaire pour procurer cette exécution et, avant tout, de provoquer les mesures qui tendent à conserver le mobilier de la succession, lequel est le gage des légataires. L'article 935 du code de procédure suppose que l'exécuteur testamentaire concourt avec les héritiers pour requérir l'inventaire; or, l'apposition des scellés est un préliminaire de l'inventaire; l'inventaire n'est une garantie véritable que lorsque les scellés auront empêché tout détournement du mobilier héréditaire (1).

355. Les exécuteurs testamentaires doivent-ils requérir l'apposition des scellés quand ils n'ont pas la saisine? Si l'apposition des scellés n'était prescrite que dans l'intérêt des légataires, on devrait décider que l'exécuteur non saisi, et par suite étranger à toute gestion, n'est pas tenu de faire apposer les scellés. Mais le texte, comme nous venons de le dire, étend ici les attributions de l'exécuteur. La loi dit d'une manière absolue qu'il doit requérir l'apposition des scellés sans distinguer s'il a ou non la saisine. Dans le système du code, l'exécuteur peut n'être pas saisi; si donc les obligations que lui impose l'article 1031 étaient une conséquence de la saisine, le législateur aurait dû le dire. Mais commençant par déclarer que la saisine est facultative et prescrivant ensuite ce que l'exécuteur doit faire, la loi décide implicitement qu'il doit remplir ces obligations, soit qu'il ait la saisine, soit qu'il ne l'ait point. C'est l'opinion assez généralement suivie (2).

II. De l'inventaire.

356. L'article 1031 porte que « les exécuteurs testamentaires feront faire, en présence de l'héritier présomp-

(1) Demolombe, t. XXII, p. 56, n° 61.

(2) Voyez, en sens divers les auteurs cités par Dalloz, n° 4068.

tif, ou lui dûment appelé, l'inventaire des biens de la succession. » Ici se représente la question de savoir si les exécuteurs doivent faire inventaire quand ils n'ont pas la saisine. Il nous semble que le texte décide la question. Si l'inventaire était une conséquence de la saisine, la loi aurait borné l'obligation de l'exécuteur à l'inventaire du mobilier dont le testateur lui a donné la saisine; tandis qu'elle veut que les *biens de la succession* soient inventoriés sur la réquisition de l'exécuteur; ainsi non-seulement tout le mobilier, sans distinguer si l'exécuteur en a ou non la saisine, mais encore les immeubles dont le testateur ne peut pas même le saisir. Donc il n'y a pas de rapport nécessaire entre la saisine et l'inventaire auquel l'exécuteur doit procéder. Cela est décisif (1).

Il y a cependant un motif de douter très-sérieux, c'est la tradition. Pothier dit que l'exécuteur testamentaire n'est saisi des biens de la succession qu'en faisant inventaire, qu'il ne doit pas s'immiscer dans l'exécution du testament avant d'avoir rempli cette formalité. Furgole remarque que l'exécuteur était tenu de faire inventaire dans les pays coutumiers, tandis qu'il n'y était pas obligé dans les pays de droit écrit. Il nous apprend la raison de cette différence : c'est que dans les pays coutumiers l'exécuteur était saisi de certains biens du défunt et était chargé d'une gestion dont il devait rendre compte; dans les pays de droit écrit, au contraire, l'exécuteur n'avait pas la saisine, il n'administrerait point; dès lors l'inventaire devenait inutile, car il n'est nécessaire qu'afin que ceux qui ont une administration et qui sont chargés des biens d'autrui puissent en rendre un compte fidèle (2). Cela est vrai en règle générale; mais l'article 1031 ne déroge-t-il pas à ces principes? Il oblige l'exécuteur à faire inventaire de biens dont il ne doit certes pas rendre compte, puisqu'il n'en a pas la saisine. Donc l'obligation qui lui incombe est absolue.

(1) Toullier, t. III, 1, p. 323, n° 584. Troplong, t. II, p. 200, n° 2022. En sens contraire, Demolombe, t. XXII, p. 57, n° 62; p. 89, n° 102.

(2) Pothier, *Des donations testamentaires*, n° 226. Furgole, chap. X, sect. IV, nos 27 et 28 (t. IV, p. 156).

357. A qui appartient le choix de l'officier public qui dresse l'inventaire? Dans l'ancien droit, l'exécuteur testamentaire choisissait les officiers qui devaient faire l'inventaire, la prisée et la vente. Si les héritiers n'approuvaient pas son choix, ils pouvaient nommer un second notaire, ou un second priseur pour opérer conjointement avec ceux que l'exécuteur avait désignés. La plupart des auteurs enseignent que, sous l'empire du code civil, l'exécuteur testamentaire a le même droit (1). Vazeille remarque que ces savants professeurs n'ont pas pris garde à la disposition de l'article 935 du code de procédure civile, qui décide la question; il porte : « Le conjoint commun en biens, les héritiers, l'exécuteur testamentaire et les légataires universel ou à titre universel pourront convenir du choix d'un ou de deux notaires et d'un ou de deux commissaires-priseurs ou experts; s'ils n'en conviennent pas, il sera procédé par un ou deux notaires, commissaires-priseurs ou experts nommés d'office par le président du tribunal de première instance (2). »

On demande si le testateur peut donner à l'exécuteur testamentaire le choix du notaire? La cour de Gand a décidé la question affirmativement en se fondant sur les articles 1026 et 1031 (3). L'article 1026 ne parle pas des officiers publics dont le ministère est requis pour l'inventaire et la vente; il permet seulement au testateur d'accorder la saisine à l'exécuteur testamentaire; si la saisine donne à l'exécuteur le droit de désigner l'officier ministériel, l'héritier doit avoir le même droit, car lui aussi a la saisine, il est de plus propriétaire; nous sommes donc en présence de deux droits égaux, pour ne pas dire que le droit de l'héritier est supérieur, et partant il y a lieu d'appliquer l'article 935 du code de procédure. Dirait-on que le testateur peut enlever à son héritier le droit que celui-ci tient de la saisine pour l'attribuer à l'exécu-

(1) Toullier, t. III, 1, p. 322, n° 584; Duranton, t. IX, p. 386, n° 405. Aubry et Rau, t. VI, p. 134, et notes 14 et 15.

(2) Vazeille, t. III, p. 98, n° 3 de l'article 1031, suivi par Coin-Delisle et Bayle-Mouillard.

(3) Gand, 3 février 1838 (*Pasicrisie*, 1838, 2, 27, et Dalloz n° 429).

teur testamentaire? Nous avons répondu d'avance à l'objection. Si le principe, tel que nous l'avons formulé, est exact, il tranche la difficulté; le testateur ne peut pas donner à son exécuteur des pouvoirs qui dépouillent les héritiers d'un droit inhérent à leur qualité de propriétaires et de possesseurs, sauf dans les limites que la loi trace.

358. Le testateur peut-il dispenser l'exécuteur de faire inventaire? Nous croyons avec Pothier qu'il ne le peut pas (1). Dispenser l'exécuteur de dresser inventaire, c'est le dispenser implicitement de rendre compte de sa gestion, car l'inventaire est la base du compte. Aussi les deux dispenses sont-elles d'ordinaire accordées à la fois par le testateur. Et s'il n'y a ni inventaire ni compte, les héritiers n'ont plus aucune garantie contre la négligence ni contre la mauvaise foi de l'exécuteur testamentaire. Or, conçoit-on que le testateur affranchisse l'exécuteur des obligations que la bonne foi lui impose? Une clause qui permet à un administrateur d'être impunément négligent ou infidèle n'est-elle pas contraire aux bonnes mœurs et, comme telle, non écrite? On objecte que rien n'empêche les héritiers d'user du droit que la loi leur accorde et de faire eux-mêmes inventaire. L'objection ne répond pas à l'argument de moralité. Pour apprécier la validité d'une clause, il faut l'apprécier en elle-même, et non en prenant en considération ce qu'un tiers fera ou ne fera pas. Si la clause que nous examinons est immorale, elle reste telle, alors même que les héritiers prendraient des mesures pour se garantir contre la négligence ou le dol de l'exécuteur (2). Aussi les plus logiques parmi les partisans de l'opinion que nous combattons disent-ils que le testateur pourrait défendre l'inventaire (3). Ici l'immoralité est flagrante. L'inventaire est une garantie contre le détournement du mobilier : prohiber l'inventaire, c'est dire que l'exécuteur qui est saisi du mobilier peut le détourner impunément. Une clause qui facilite, qui favorise le détour-

(1) Pothier, *Des donations testamentaires*, n° 227; et *Coutume d'Orléans*, art. 291, note 3.

(2) Comparez Demolombe, t. XXII, p. 57, n° 63, et les auteurs en sens divers, cités par Aubry et Rau, t. VI, p. 134, note 15, § 711.

(3) Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 4076.

nement n'est-elle pas viciée et nulle dans son essence? On oppose l'adage : Qui peut le plus peut le moins; nous répondons non, quand le moins consiste dans une clause immorale. Libre au testateur de disposer de ses biens comme il l'entend; il peut ne rien laisser à ses héritiers; mais s'il leur laisse son patrimoine, il ne peut pas ajouter la clause qu'il sera permis de les voler impunément (1).

N° 3. DES MESURES D'EXÉCUTION.

I. Principe.

359. L'article 1031 porte que « les exécuteurs testamentaires veilleront à ce que le testament soit exécuté, et ils pourront, en cas de contestation sur son exécution, intervenir pour en soutenir la validité. »

La première partie de l'article établit un principe général qui reçoit son application à tous les cas où l'exécution des dernières volontés du testateur est en cause. Ce que l'exécuteur peut faire dépend des circonstances. Ainsi l'on admet qu'il peut prendre inscription sur les immeubles de l'hérédité, au nom des légataires, afin de leur conserver le bénéfice de séparation de patrimoines (2). Il y a cependant un motif de douter : c'est que la loi donne ce droit aux légataires; ils peuvent donc eux-mêmes veiller à leurs intérêts; n'est-ce pas dire que l'exécuteur est sans qualité? L'objection prouve trop; tout ce que la loi permet de faire à l'exécuteur, elle autorise aussi les légataires à le faire; de ce que les légataires peuvent prendre inscription, on ne doit donc pas conclure que l'exécuteur ne le peut pas. Il suffit que l'inscription assure l'exécution du testament pour que l'exécuteur ait le droit de la prendre.

360. Le droit d'intervention que l'article 1031 accorde à l'exécuteur est une conséquence du principe posé par la loi. C'est une extension du droit commun. D'après l'article 466 du code de procédure, aucune intervention n'est

(1) Duranton, t. IX, p. 387 et suiv., n° 406; Troplong, t. II, p. 200, n° 2013; Marcadé, t. IV, p. 114, n° III de l'article 1031.

(2) Duranton, t. IX, p. 395, n° 417; Aubry et Rau, t. VI, p. 135.

reçue, si ce n'est de la part de ceux qui auraient droit de former tierce opposition. L'exécuteur peut intervenir en vertu de la mission que le testateur lui a donnée de procurer l'exécution de son testament. Il ne faut pas prendre l'article 1031 à la lettre et en conclure que l'exécuteur n'a droit d'intervenir que si la validité du testament est attaquée; il a été jugé qu'il a le droit de surveiller toutes les contestations qui touchent au maintien des dernières volontés du défunt; que, par conséquent, il peut intervenir toutes les fois qu'il est nécessaire pour le meilleur accomplissement de son mandat. Mais il faut qu'il y ait nécessité ou au moins utilité. Le même arrêt a décidé que si l'exécuteur ne fait que reproduire les moyens que les légataires font valoir, sa présence au procès est inutile et, par suite, frustratoire, ce qui autorise le tribunal à mettre les frais à sa charge (1).

Il suit de là que les exécuteurs testamentaires ne doivent pas intervenir; l'article 1031 dit qu'ils le pourront. C'est à eux de juger si leur intervention est utile. S'ils sont intervenus, ils peuvent demander à être mis hors de cause. Dès que les légataires défendent eux-mêmes leurs intérêts et que l'exécuteur ne peut apporter aucune lumière nouvelle dans le débat, il n'y a pas de raison pour qu'il reste en cause (2).

361. La loi ne donne pas à l'exécuteur testamentaire le droit d'exercer les actions de la succession; elle le lui refuse, au contraire, implicitement, en lui permettant seulement d'intervenir dans les contestations qui concernent l'exécution du testament. Cela résulte d'ailleurs de la nature même de sa mission. Il n'est pas le représentant des héritiers; ceux-ci peuvent et doivent veiller eux-mêmes à leurs intérêts; il est chargé d'assurer l'exécution des dernières volontés du défunt; son mandat est donc limité et, en dehors de ces limites, il n'a pas le droit d'agir (3).

(1) Paris, 10 décembre 1850 (Dalloz, 1851, 2, 1).

(2) Liège, 11 juin 1851 (*Pasicrisie*, 1851, 2, 311).

(3) Metz, 3 juillet 1865 (Dalloz, 1865, 2, 126). Demolombe, t. XXII, p. 71, n° 79.