

ponsabilité par des paiements précipités, qui pourraient lui être reprochés par l'héritier.

2005. Il suit de là que les créanciers de la succession qui voudront intenter leur action prudemment, ne devront pas se borner à mettre en cause l'exécuteur testamentaire pour obtenir le paiement de leurs créances mobilières, il faudra qu'ils assignent aussi l'héritier. Sans quoi le jugement rendu contre l'exécuteur testamentaire seul n'aurait pas contre l'héritier l'autorité de la chose jugée (1); car l'exécuteur testamentaire n'a mandat de représenter l'héritier que dans les choses mêmes découlant du testament et confiées à ses soins, et nous avons dit que le paiement des dettes ne rentre pas par lui-même dans cette classe.

ARTICLE 1027.

L'héritier pourra faire cesser la saisine, en offrant de remettre aux exécuteurs testamentaires somme suffisante pour le paiement des legs mobiliers, ou en justifiant de ce paiement.

SOMMAIRE.

2006. Explication de cet article.

COMMENTAIRE.

2006. Avant le Code Napoléon, quelques coutumes autorisaient l'héritier à faire cesser la saisine testamentaire en donnant caution (2). Mais Ricard (3) nous apprend que ce point faisait difficulté dans la plupart des pays dont la coutume ne contenait point de disposition précise à cet égard.

(1) Cassat. (chambre civ.), 18 août 1825 (Devill., 8, 4, 406).

(2) Nivernais, *Testaments*, art. 6. Meaux, art. 35. Bourbonnais, art. 295.

(3) Part. 2, nos 82 à 85.

L'art. 1027 a eu pour but de mettre fin à ces contestations. L'héritier pourra donc faire cesser la saisine, en offrant de remettre aux exécuteurs testamentaires somme suffisante pour le paiement des legs mobiliers.

La saisine, en effet, n'est pas établie dans l'intérêt des exécuteurs testamentaires, et elle n'a d'autre but que d'assurer le paiement des legs mobiliers; il est donc juste que l'héritier puisse la faire cesser, en mettant à la disposition de l'exécuteur testamentaire somme suffisante pour acquitter ces legs.

C'est par application de cet article, que la cour de Bruxelles (1) a jugé que, dans une espèce où le testateur avait ordonné que tous les biens seraient vendus par les soins de son exécuteur testamentaire, les héritiers avaient pu, en offrant une somme suffisante pour l'acquittement des legs, empêcher la vente de ces biens.

ARTICLE 1028.

Celui qui ne peut s'obliger, ne peut être exécuteur testamentaire.

SOMMAIRE.

2007. Pourquoi la loi exige, pour ce mandat, la capacité du mandataire.

2008. Il suffit de la capacité au moment de l'exécution.

2009. Les femmes peuvent remplir les fonctions d'exécuteur testamentaire.

2010. Les incapacités relatives de recevoir n'empêchent pas d'être exécuteur testamentaire: ainsi le médecin, le prêtre, l'enfant naturel, etc.

2011. Les héritiers et légataires peuvent aussi être exécuteurs testamentaires.

2012. Les fonctions de tuteur et celles d'exécuteur testamentaire n'ont rien d'incompatible.

(1) 46 mars 1844 (Devill., 3, 2, 446).

2013. *Quid de la capacité d'une personne insolvable?*

COMMENTAIRE.

2007. Il résulte de l'art. 1990 du Code Napoléon, qu'on peut choisir un mandataire, même parmi les personnes incapables de s'obliger, sauf au mandant à s'imputer à lui-même, si, à raison de l'incapacité personnelle du mandataire, son action en responsabilité contre ce dernier échoue (1). Ici, bien que l'exécuteur testamentaire soit un mandataire, la loi a cependant exigé que les personnes sur lesquelles le choix du testateur peut porter, fussent capables de s'obliger. La raison est facile à saisir. Dans le mandat ordinaire, c'est le mandant seul qui souffre de l'incapacité de son mandataire; et il a toujours la ressource de le révoquer si bon lui semble; tandis que s'il s'agit d'un exécuteur testamentaire, ce sont les héritiers ou les légataires que l'incapacité du mandataire pourra léser, sans qu'ils aient participé à sa nomination et sans qu'ils aient droit de le révoquer.

2008. Il faut donc que la personne nommée exécuteur testamentaire soit capable de s'obliger; mais cette capacité n'est exigée qu'au moment de l'exécution, et le choix du testateur peut porter sur une personne qui était encore mineure au moment de la confection du testament, pourvu qu'elle soit majeure au temps où elle sera appelée à accepter le mandat.

2009. Les articles suivants s'occupent du cas dans lequel une femme mariée, ou un mineur émancipé ou non, ont été nommés exécuteurs testamentaires. Nous renvoyons au commentaire de cet article les questions qui se rapportent plus spécialement à ces sortes de personnes.

Bornons-nous à dire ici qu'une femme, qui n'est pas en puissance de mari, n'a besoin d'aucune autorisation pour

(1) Mon *Commentaire du mandat*, nos 329 et suiv.

pouvoir remplir les fonctions d'exécuteur testamentaire. Ces fonctions ne sont pas publiques et peuvent être remplies par toutes sortes de personnes (1).

La cour de Colmar (2) a fait application de ces principes, dans un cas où un testateur avait choisi un étranger pour exécuteur testamentaire.

2010. Les incapacités relatives de certaines personnes de recevoir par testament n'emportent pas incapacité pour les fonctions d'exécuteur testamentaire: par exemple, le médecin qui aurait donné des soins au testateur pendant la dernière maladie, le prêtre qui l'aurait assisté à ses derniers moments (3), le conjoint en deuxième nocces, ou l'enfant naturel qui aurait déjà reçu, du vivant du testateur, tout ce qu'il était permis de leur donner, peuvent être nommés exécuteurs testamentaires. Il en était ainsi dans l'ancienne jurisprudence; c'est pourquoi dans les coutumes, qui ne permettaient pas au mari de donner par testament à sa femme *aut vice versa*, un mari ne laissait pas de pouvoir nommer sa femme exécutrice testamentaire (4).

2011. Aucune disposition non plus ne défend aux héritiers et légataires d'être exécuteurs testamentaires. Disons toutefois, avec M. Toullier (5), que l'héritier qui voudrait attaquer le testament devrait refuser la mission d'exécuteur testamentaire; autrement, il s'exposerait à être repoussé plus tard comme ayant approuvé le testament.

2012. Il n'y a point pareillement d'incompatibilité entre les fonctions de tuteur et celles d'exécuteur testamentaire.

(1) Coquille, *Nivernais, Testam.*, art. 2. Ricard, part. 2, n° 67. Pothier, *Donat. testam.*, ch. 5, sect. 1, art. 1. Grenier, n° 332.

(2) 8 novembre 1821 (Devill., 6, 2, 482). *Junge Pothier, Donat. testam.*, ch. 5, sect. 1, art. 1.

(3) Pau, 24 août 1825 (Devill., 9, 1, 192).

(4) Pothier, *loc. cit.*

(5) T. V, n° 579.

Loin d'être opposées, ces deux fonctions toutes de confiance semblent, au contraire, devoir se fortifier l'une par l'autre. Celui qui a reçu du père mourant la mission d'administrer la personne et les biens de son enfant, et à qui se trouvent ainsi confiés les plus chers intérêts du testateur, est mieux qu'un autre à même d'exécuter ses dispositions de dernière volonté. Aussi, l'on peut s'étonner que les tribunaux aient eu à se prononcer sur une pareille question (1).

2013. On demande si une personne sans biens est capable de recevoir un mandat d'exécuteur testamentaire. Trois hypothèses peuvent se présenter : ou le testateur a connu l'état de fortune de l'exécuteur testamentaire au moment où il l'a nommé par son testament, et alors sa nomination doit tenir; car il a voulu suivre sa foi (2). Ou l'exécuteur testamentaire, solvable au moment de sa nomination, n'est devenu insolvable qu'après le testament, et si le testateur n'en a rien su, l'exécuteur testamentaire peut être révoqué (3), ou tout au moins contraint à donner caution (4) : on présume que le testateur ne l'eût pas nommé, s'il avait connu le dérangement de ses affaires. Ou bien, enfin, l'exécuteur testamentaire est tombé en déconfiture depuis son entrée en charge, et l'on doit rendre contre lui la même décision.

ARTICLE 1029.

La femme mariée ne pourra accepter l'exécution testamentaire qu'avec le consentement de son mari.

Si elle est séparée de biens, soit par contrat de

(1) Paris, 45 messidor an XII (Deville., 4, 2, 203).

(2) Papinien, l. 26, § 4, D., *Quand. dies leg. ced.*

(3) Pothier, *Donat. testam.*, ch. 5, sect. 4, art. 1.

(4) Coquille sur *Nivernais, Testam.*, art. 2 *in fine*. Argument de la loi 21, § 4, D., *De annuis legat.* (Scævola.)

mariage, soit par jugement, elle le pourra avec le consentement de son mari, ou, à son refus, autorisée par la justice, conformément à ce qui est prescrit par les articles 217 et 219, au titre *du Mariage*.

SOMMAIRE.

2014. Condition d'acceptation de la femme mariée à laquelle est déférée une exécution testamentaire.
 2015. *Quid* si la femme possède des paraphernaux?
 2016. Le mari qui a autorisé la femme commune à accepter une exécution testamentaire, est-il responsable sur ses biens propres?

COMMENTAIRE.

2014. La disposition de cet article prévoit le cas où une exécution testamentaire est déférée à une femme mariée, et comme conséquence de l'article précédent qui ne permet pas d'être exécuteurs testamentaires à ceux qui sont incapables de s'obliger, elle porte que la femme ne pourra accepter d'exécution testamentaire sans y avoir été autorisée par son mari ou par la justice, selon les cas.

Mais cet article ne se contente pas de faire ici l'application de la règle ordinaire qui décide que la femme mariée peut s'obliger en vertu de l'autorisation de justice à défaut du consentement du mari (1). Il va plus loin. Il distingue si la femme est ou non séparée de biens. Dans le cas où la femme n'est pas séparée de biens, elle ne pourra jamais accepter qu'avec le consentement du mari. L'autorisation de justice ne pourra point suppléer le refus du mari. Il en sera différemment dans le cas contraire, c'est-à-dire si la femme est séparée de biens soit par contrat de mariage, soit par jugement; alors, au refus de son mari, la femme pourra être autorisée par justice.

(1) Art. 217, 218, 219 du C. Nap.

Cette distinction a été introduite dans l'intérêt des héritiers. La loi n'a pas voulu que ces derniers se trouvent en présence d'un exécuteur testamentaire qui ne leur offre pas une pleine responsabilité. Or, on aperçoit que, dans tous les cas où la femme n'est pas séparée, la simple autorisation de justice, donnée à défaut d'autorisation du mari, n'offre pas aux héritiers un recours suffisant sur les biens appartenant à la femme dont le mari a la jouissance (1).

2015. Au cas de séparation de biens, il faut assimiler celui où la femme, étant mariée sous le régime dotal, possède des biens paraphernaux dont elle a la jouissance (2). Elle serait alors à l'égard de l'héritier dans la même position que si elle était séparée de biens, puisque ses biens paraphernaux en pleine propriété pourront garantir les éventualités de sa gestion. C'est là une omission du Code facile à expliquer. On sait que, dans le projet originaire du Code Napoléon, on n'avait point admis le régime dotal (3). Or, à l'époque de la rédaction de l'art. 1029, on n'avait pas encore discuté le titre du *Contrat de mariage*.

2016. On demande si l'autorisation donnée par le mari à la femme commune le rend responsable tant sur ses biens propres que sur les biens de la communauté? Cette question devrait être résolue par l'affirmative, si l'on voulait prendre à la lettre l'art. 1419 du Code Napoléon. Mais, ainsi que nous l'avons expliqué ailleurs (4), cet article est fondé sur cette présomption, à savoir que le mari a donné son autorisation en vue des intérêts de la communauté et des siens propres. Et, quoique cette présomption soit la plus fréquente, elle n'est cependant pas absolue, et elle cesse dans

(1) *Mon Comment. du contrat de mariage*, t. II, nos 847 et 945.

(2) Art. 1536, 1576 du C. Nap.

(3) Fenet, t. II, p. 302 et suiv.

(4) *Mon Comment. sur le contrat de mariage*, nos 842 à 847.

le cas où la communauté ne retire aucun intérêt de l'acte autorisé (1). Or, le ministère de l'exécuteur testamentaire est un ministère pieux et gratuit par sa nature; il n'a pas pour conséquence de produire des profits à la communauté, et si le mari autorise sa femme à l'accepter, ce n'est pas en vue d'un lucre, c'est par respect pour la volonté du défunt (2).

Cette décision devrait être suivie, lors même qu'une récompense modique (un diamant) serait attachée à l'exécution testamentaire (3). Car on ne peut pas supposer que le mari ait donné son autorisation par l'appât de cette rémunération, qui n'est qu'une marque de reconnaissance émanée du testateur.

Que, si l'exécutrice testamentaire était en même temps instituée légataire par le testament, il y aurait plus de difficulté (4). Il nous semble, cependant, que ce point doit être résolu par une distinction: ou il résulte du testament que le legs est indépendant de l'exécution testamentaire, et alors l'autorisation donnée par le mari ne saurait engager sa responsabilité, puisqu'il n'a fait qu'habiliter sa femme pour un ministère qui dans le cas particulier ne cesse pas d'être gratuit. Nous disons qu'il ne cesse pas d'être gratuit, puisque le legs subsiste sans l'exécution testamentaire et l'exécution testamentaire sans le legs. Ou bien l'exécution testamentaire et le legs sont intimement liés ensemble, et alors on devrait

(1) *Mon Comment. sur le contrat de mariage*, nos 846, 4229 et 4234.

(2) MM. Vazeille sur l'art. 1029, n° 2, et Coin-Delisle sur le même article, n° 4, veulent que l'on applique ici l'art. 1419.

(3) *Mon Comment. sur le contrat de mariage*, n° 846.

(4) MM. Delvincourt, t. II, n° 40, sur la p. 100, et Dalloz, *Dispos. entre-vifs et Testam.*, ch. 8, sect. 2, n° 3, pensent que, dans ce cas, il faut distinguer si le legs est mobilier ou immobilier, et n'appliquer l'art. 1419 que dans le cas où le legs est mobilier.

décider que l'autorisation du mari n'ayant pas été désintéressée, il demeure coobligé avec sa femme.

ARTICLE 1030.

Le mineur ne pourra être exécuteur testamentaire, même avec l'autorisation de son tuteur ou curateur.

SOMMAIRE.

2017. Difficulté que cet article a eu pour but de faire cesser.
2018. Quel serait le sort d'un legs fait à un mineur, en considération de l'exécution testamentaire qui lui est conférée?

COMMENTAIRE.

2017. Cet article est un deuxième corollaire de l'art. 1028, et une conséquence des art. 450 et suivants du Code Napoléon. En ne distinguant pas entre le mineur émancipé ou non, il a mis fin à une difficulté qui s'était élevée anciennement, d'après l'opinion de quelques auteurs, et notamment de Pothier (1), de savoir si le mineur émancipé ne pouvait pas accepter une exécution testamentaire, surtout lorsque les charges en étaient modiques (2).

2018. M. Delvincourt (3) s'est demandé quel serait le sort d'un legs fait à un mineur en considération de l'exécution testamentaire qui lui est conférée, et il a cru devoir faire la distinction suivante : si le testateur a cru le mineur en état de majorité, le legs est caduc ; car la condition sous laquelle il a été fait ne peut être accomplie. Que si, au contraire, le testateur a connu la minorité de celui qu'il nommait son exécuteur testamentaire, et qu'il gratifiait en cette qualité, la

(1) Pothier, *loc. cit.*

(2) Grenier, n 333.

(3) T. II, p. 376.

condition est simplement réputée non écrite, parce qu'elle est contraire aux lois, et le legs pourra recevoir son effet.

Cette distinction a été repoussée avec raison. En effet, qu'importe que le testateur connaisse ou non la minorité ? S'il a entendu subordonner sa disposition à l'accomplissement de la condition, le legs ne pourra recevoir d'effet ; et réciproquement, si le legs est indépendant de l'exécution testamentaire, il n'en sera pas moins valable (1).

ARTICLE 1031.

Les exécuteurs testamentaires feront apposer les scellés, s'il y a des héritiers mineurs, interdits ou absents.

Ils feront faire, en présence de l'héritier présomptif, ou lui dûment appelé, l'inventaire des biens de la succession.

Ils provoqueront la vente du mobilier, à défaut de deniers suffisants pour acquitter les legs.

Ils veilleront à ce que le testament soit exécuté ; et ils pourront, en cas de contestation sur son exécution, intervenir pour en soutenir la validité.

Ils devront, à l'expiration de l'année du décès du testateur, rendre compte de leur gestion.

SOMMAIRE.

2019. Des prérogatives données par le Code à l'exécuteur testamentaire.
2020. Il doit faire apposer les scellés. — Réfutation d'une opinion de M. Pigeau.

(1) Dalloz, vol. 4, p. 424, n° 6. Vazeille, n° 2, sur l'art. 1030. Voy. *supra*, n° 389, et *infra*, n° 2403 et suiv., art. 1038.