

FACULTÉ DE DROIT DE TOULOUSE

---

ÉTUDE  
SUR  
LES SUBSTITUTIONS

EN DROIT ROMAIN

ET

LES DROITS DES ENFANTS NATURELS

SUR LES BIENS DE LEUR PÈRE ET MÈRE DÉCÉDÉS

(Art. 756 à 761)

EN DROIT FRANÇAIS

PRÉSENTÉE

Par **M. Étienne GILLARD**

Avocat à la Cour d'appel

POUR SON ADMISSION AU GRADE DE DOCTEUR



TOULOUSE

IMPRIMERIE VIAELLE ET COMP<sup>e</sup>, RUE DU LYCÉE, 9

—  
1875

ÉTUDE DE DROIT DE FRANCE

ÉTUDE

DES SUCCESSIONS

PAR M. GILBERT

DES DROITS DES ÉPoux MARIÉS

PAR M. GILBERT

PAR M. GILBERT

PAR M. GILBERT

PAR M. GILBERT



TOULOUSE

ÉDITEUR, M. GILBERT

1877

# DROIT ROMAIN

---

## CHAPITRE PREMIER.

### NATURE ET FORME DE LA SUBSTITUTION VULGAIRE.

Dans les premiers temps de Rome, la propriété était à peu près inconnue. Admise en matière de meubles, elle n'existait pas à l'égard des immeubles, et les terrains occupés par ses premiers habitants appartenaient en commun à tous les citoyens. Il est aisé de concevoir que dans cette première période la recherche des moyens juridiques de transmission des biens d'une personne décédée à une personne vivante dut peu préoccuper les Romains.

Nous savons par Varron et Tite-Live que Romulus divisa le peuple en trois tribus territoriales, que cha-

cune de ces tribus fut divisée en dix curies et que chacune de ces curies fut à son tour divisée en dix décuries. Le sol fut également réparti entre les trois cents *gentes*. La communauté absolue tendit donc à s'individualiser et fut remplacée par une communauté restreinte. Chaque *gens* avait, à l'origine, son temple et son patrimoine propre affecté à l'entretien de ses *sacra privata*. Mais ce patrimoine ne pouvait être modifié sans le consentement de la réunion des *gentes* patriciennes, c'est-à-dire des comices par curies. Sous le règne de Numa, l'*ager romanus* fut partagé entre les citoyens, et dès lors s'établit la propriété individuelle des immeubles qui existait définitivement à l'époque de Servius Tullius. Mais la propriété privée était une véritable concession de l'Etat, et l'on admit facilement que l'Etat seul avait le pouvoir d'en régler la dévolution ; comme le patrimoine de chaque famille était surtout destiné à l'entretien de ces *sacra privata* qui passaient du *de cuius* à son successeur avec l'hérédité, les pontifes durent nécessairement intervenir dans un but d'ordre public aux actes de disposition à cause de mort pour en assurer la conservation. Le droit de tester n'existait donc pas à cette époque, et le citoyen ne pouvait pas modifier les règles légales de la dévolution des biens par un acte de sa propre volonté. L'intervention des curies était nécessaire, et nous pensons que, jusque à la loi des Douze Tables, le testament fait *calatis comitiis* fut une véritable loi, en ce sens que la réunion populaire ne dut pas se borner à consacrer les dispositions faites par le testateur, mais dut encore pouvoir les rejeter ou les ap-

prouver de façon à assurer une équitable répartition des fortunes et l'exercice régulier des *sacra*.

La loi décenvirale promulguée en 510 consacra pour tous les citoyens la liberté de tester. Le texte était formel : *Tuti legāssit super pecunia tutelāve suae rei itā jus esto* (Tabula V, n° 1). Les comices intervinrent bien encore pour la confection des testaments, mais à dater de cette époque leur concours ne fut plus qu'une simple question de forme, les curies jouaient en quelque sorte le rôle de témoins, et c'est pour ce motif, sans doute, que leur intervention fut jugée inutile et que, pour parer aux inconvénients qui résultaient de leurs réunions peu fréquentes et pour faciliter aux citoyens l'exercice du droit de transmettre par testament, la jurisprudence substitua à l'ancien mode *calatis comitiis* le *testamentum per aes et libram*, plus tard remplacé par le *testamentum tripartitum*. On sait que la loi des Douze Tables, vivement sollicitée dès l'an 292 par le tribun Terentillus Arsa, avait été courageusement réclamée par la plèbe et péniblement conquise par elle. C'est peut-être à ce motif bien plus qu'au génie du peuple romain qu'il faut attribuer l'ardeur des citoyens à jouir des prérogatives qu'elle leur accordait ; mais c'est surtout au point de vue des testaments que les citoyens se montrèrent jaloux du droit concédé par la législation nouvelle. Ils tenaient à honneur de régler eux-mêmes leur succession et considéraient comme un malheur de mourir *intestat*. Aussi, comme le testament n'est pas autre chose que le choix d'un héritier, c'est-à-dire d'un continuateur de la personne et d'un successeur aux biens, que par suite à défaut d'institu-

tion efficace le testament est sans valeur, on dut se préoccuper, pour assurer la validité des dispositions à cause de mort, du cas où l'héritier institué n'arriverait pas à l'hérédité. On chercha à suppléer à son refus d'adition ou à son incapacité en instituant subsidiairement un second héritier, et c'est pour arriver à ce résultat que fut créée la *substitution vulgaire*.

Plus tard la loi permit au père de famille de faire le testament de son fils en prévision du cas où, ce dernier lui ayant survécu, viendrait ensuite à mourir impubère et, par suite, incapable de disposer de son hérédité. Enfin, à l'exemple de la substitution pupillaire et conformément à la jurisprudence établie par des rescrits impériaux qui, dans des hypothèses particulières, permettaient au *pater-familias* de tester pour son fils muet ou *furiosus*, Justinien introduisit la substitution *quasi-pupillaire*, dont nous indiquerons les règles principales sous forme d'appendice à la fin de notre travail.

L'expression *substitutio*, qui vient des mots *sub institutio*, désigne d'une façon générale une institution d'héritier subordonnée à une autre institution ; c'est une institution qui en présuppose une autre et que la crainte de mourir *intestat*, nous venons de le voir, fit introduire dans le Droit.

Les textes distinguent trois sortes de substitutions que nous avons déjà indiquées : la substitution vulgaire, la substitution pupillaire et la substitution exemplaire ou quasi pupillaire. Les interprètes donnent quelquefois le nom de substitution *fideicommissaire* à une espèce de *fideicommissis* qui est indiqué dans le pa-

ragraphe 9 de notre titre XVI aux *Institutes* ; mais il est facile de voir en lisant attentivement ce paragraphe que la substitution dont il y est question, en premier lieu, n'était pas possible à Rome, quoiqu'elle ait quelque analogie avec la substitution pupillaire, et que, d'un autre côté, les fideicommiss valables juridiquement à partir du règne d'Auguste, n'ont jamais, dans le Droit romain, pris le nom de substitution.

La substitution vulgaire est l'institution d'un héritier à un degré inférieur, c'est-à-dire sous la condition que l'héritier institué en première ligne ne recueillera pas l'hérédité. Cette substitution est donc une substitution conditionnelle faite sous cette condition : *Si ille heres non erit*. On voit facilement que plus le testateur multiplie ainsi le nombre des appelés plus il augmente ses chances de ne pas mourir *intestat* et d'avoir un héritier. Aussi ce droit lui est-il accordé et peut-il instituer plusieurs degrés successifs d'héritier : *In quantum testator velit*, nous dit Ulpien.

On entend par héritiers du premier degré ceux qui, quelle que soit la place où ils sont désignés dans le testament, ne suppléent personne et peuvent eux-mêmes être supplésés par d'autres. Sont héritiers du deuxième degré ceux qui suppléent les héritiers inscrits au premier, et sont supplésés par ceux des degrés subséquents.

Cette substitution est appelée vulgaire, parce qu'elle peut être faite par tout testateur et pour tout héritier, à la différence des substitutions pupillaires et exemplaires qui ne peuvent avoir lieu que du chef de cer-

tains testateurs et pour certains héritiers seulement. Elle se fait dans la même forme qu'une institution ordinaire, mais, par essence, elle est subordonnée à une condition négative, ordinairement expresse, mais qui peut être tacite, ainsi que cela résulte de la loi IV D., l. XXVIII, t. VI, et d'une constitution de Dioclétien au Code qui forme la loi VIII, l. VI, t. XXVI ; d'ailleurs, comme toute institution conditionnelle, la substitution se réalise lorsqu'il devient certain que le premier degré n'a pas ou ne peut pas recueillir.

La substitution vulgaire a lieu dans la forme suivante : *Titius heres esto, si Titius heres non erit, Mævius heres esto*. Titius, l'héritier institué, forme le premier degré de la substitution, Mævius, appelé à défaut de Titius ou substitué, est héritier au second degré. Rien n'empêche d'ailleurs le testateur de substituer plusieurs personnes à une seule, et, par exemple, de placer au second degré, avec Mævius, un ou plusieurs autres substitués ; mais, dans tous les cas, si la substitution ne compte qu'un seul degré de substitués on dit que la substitution est *simple*. La loi permet, du reste, au testateur, pour s'assurer dans une plus large mesure que son testament produira effet, d'établir plusieurs degrés de substitution ; alors elle est dite *graduée*, et ce n'est qu'à défaut du dernier, appelé conditionnel, que le testament est *destitutum*.

Il est évident que les substitutions à plusieurs degrés diminuaient notablement pour le testateur les chances de mourir sans laisser un héritier, mais il est

non moins certain qu'elles ne lui donnaient pas la certitude d'avoir un successeur testamentaire. Pour parer à toutes les éventualités, les citoyens qui se défiaient des forces de leur succession avaient pris l'habitude de substituer, en dernière ligne, leur esclave qui, en qualité d'héritier nécessaire, devait fatalement arriver à l'hérédité à défaut des institués ou substitués qui le précédaient. Cette précaution, dont nous trouvons des traces nombreuses dans des textes, nous paraît établir jusqu'à l'évidence le point de vue que nous avons indiqué comme étant l'origine de la substitution vulgaire.

De même que l'on pouvait substituer plusieurs personnes à un seul héritier, de même on pouvait appeler un seul substitué au lieu et place d'un institué unique : *Et plures in unius locum possunt substitui, vel unus in plurimum, vel singuli singulis*. On pouvait même instituer plusieurs héritiers et les substituer les uns aux autres : *Invicem ipsi, qui heredes sunt, substitui possunt*. Dans cette hypothèse, si chacun des héritiers était institué pour des portions inégales et que le testateur ne se soit pas expliqué sur les parts qui devaient être attribuées dans la substitution, chacun des substitués est réputé avoir conservé, aux termes d'un rescrit d'Antonin le Pieux, la part qui lui était assignée dans l'institution.

Jusqu'ici, dans les exemples que nous avons donnés, l'institution précède toujours la substitution et vient en première ligne dans le testament, mais il pouvait arriver qu'il n'en fût pas ainsi, et le jurisconsulte Ulpien, dans un texte qui forme la loi XXVIII au Digeste,

livre XXVIII, titre V, décide formellement que bien que l'institué soit inscrit dans le testament postérieurement au substitué, l'institution et la substitution n'en sont pas moins valables : *Si ita quis institutus sit : Titius heres esto si Secundus heres non erit, deindè Secundus heres esto ; placet primo gradu Secundum esse institutum.* On peut déduire de ce texte que l'on ne s'attache pas pour la validité de la substitution à l'*ordo scripturæ*, mais bien à la volonté formellement manifestée par le *de cuius*. Il est presque inutile de dire que la substitution vulgaire n'étant pas autre chose qu'une institution modifiée par l'adjonction de la condition négative : *Si ille heres non erit*, n'aura de valeur que dans le cas où le testateur aura observé à son égard toutes les règles établies en matière d'institution. Ce principe va nous servir à résoudre la question de savoir si le testateur qui a un fils sous sa puissance et qui veut faire une substitution vulgaire doit instituer ou exhériter son fils seulement une fois, ou bien au contraire s'il doit reproduire à chaque degré son exhéredation. Nous savons que le testament n'est pas valable, lorsque les héritiers siens n'y sont pas institués, à moins qu'ils n'aient été exhéredés *nominatim* ou *inter cæteros*, suivant le cas. Si donc le testateur vient à exhériter son enfant sous puissance, il faut non pas seulement qu'il le dépouille de sa succession au regard des héritiers du premier degré, mais encore qu'il l'exhère au regard de tous les autres. Il pourra procéder de deux façons différentes : ou bien il exhédera son fils en tête du testament, auquel cas il n'aura pas besoin de répéter l'exhéredation aux autres

degrés, car alors, comme le dit M. Accharias : « La « formule de l'exhérédation dominera le testament « tout entier, » ou bien il devra à chaque degré répéter la formule de l'exhérédation de son fils. A défaut de cette formule dans un des degrés de substitution, le degré sera considéré comme n'étant pas inscrit dans le testament ; il en est de même en matière d'institution, si le fils est institué *primo gradu*, il est loisible au père de l'omettre dans les autres. Si, au contraire, son institution ne vient pas en première ligne, elle doit être reproduite à tous les degrés subséquents (loi III, § 5, et loi XIV, § 1. *De lib. et post.*, livre XXVIII, titre II).

Bien que la substitution vulgaire nous ait toujours apparu jusqu'ici comme étant le résultat de la manifestation formelle et expresse de la volonté du *de cuius*, il n'est pas douteux qu'il existe de nombreuses hypothèses de substitutions vulgaires tacites. Il nous paraît cependant inutile d'en indiquer ici des exemples, puisque dans le cours de ce travail nous retrouverons les principaux en traitant de la façon dont sont appelés les substitués vulgaires, en expliquant le sens de la règle *substitutus substituto*, en étudiant enfin la substitution pupillaire.

## CHAPITRE II

### QUAND S'ACCOMPLIT OU FAIT DÉFAUT LA CONDITION DE LA SUBSTITUTION VULGAIRE.

La substitution vulgaire subordonnée, comme on le sait, à la condition : *Si ille heres non erit*, est défaillie lorsque l'héritier institué au premier degré recueille la succession ; c'est le cas le plus ordinaire de défaillance ; mais il peut arriver aussi que cet héritier ne recueille pas la succession pour des motifs que nous énumérerons tout à l'heure, que la substitution par conséquent s'ouvre et que, malgré cette ouverture, les substitués n'en profitent pas. Ainsi, le substitué est mort avant le testateur, ou bien encore il est incapable ou répudié, ou bien il meurt après le testateur, et l'ouverture de la substitution, mais sans avoir fait adition ; et dans un cas où la transmission ne s'opère pas, etc., etc. La substitution peut donc être inefficace de deux manières : ou parce qu'elle ne s'est pas ouverte, ou parce qu'elle n'a produit aucun effet malgré son ouverture. Bornons-nous pour le moment à indiquer, de plus, qu'il peut se faire dans plus d'une hypothèse qu'elle soit à la fois ouverte et non ouverte, et que le substitué peut concourir avec l'institué. La

substitution s'accomplit, au contraire, lorsqu'il est devenu certain que l'héritier institué ne recueille pas la succession, par exemple : s'il est prédécédé au testateur, s'il devient incapable à une époque où la *factio testamenti* est requise, enfin lorsque l'héritier répudie l'hérédité; le substitué est alors appelé, car la condition s'est réalisée, *conditio committitur*, disent les textes.

Ce principe, en vertu duquel il y a lieu à l'ouverture de la substitution vulgaire, avait donné naissance à de sérieuses controverses qui divisaient les anciens commentateurs. Il n'est plus aujourd'hui contesté et il nous paraît ridicule de rappeler les discussions de Vinnius, Duarem, etc., etc. La substitution vulgaire a un but principal, elle tend à empêcher que le *de cujus* meure *intestat*. Par conséquent, toutes les fois que l'héritier ne recueillera pas, soit parce qu'il est incapable, soit parce qu'il ne veut pas faire adition, soit parce qu'il est mort sans y avoir procédé ou bien qu'il ait été écarté comme indigne, ou se soit fait restituer *in integrum* contre son adition, les substitués seront appelés à l'hérédité. Toutes les fois, au contraire, que l'institué recueillera lui-même l'hérédité, ou bien qu'en cas de mort avant d'avoir fait adition ses enfants seront appelés à en bénéficier et feront l'adition que leur père n'a pas pu faire lui-même, ce qui leur est possible en vertu d'une Constitution de Théodose, insérée au code de Justinien, liv. VI, t. LII, le droit des substitués sera anéanti. L'hérédité testamentaire étant ouverte au profit des institués au premier degré, il est inutile d'appeler les substitués institués au deuxième.

De ce qui précède nous pouvons déduire deux règles : 1° l'héritier institué passe avant le substitué ; 2° le substitué n'est jamais admis à concourir avec lui pour recueillir l'hérédité. Mais ces deux règles fondamentales souffrent toutes des exceptions. La première, en effet, est modifiée par la loi *Ælia Sentia* sur les affranchissements. On sait, en effet, qu'un citoyen peut instituer son esclave en lui donnant la liberté et l'appeler au premier ou au deuxième degré à son choix : dans cette hypothèse, l'esclave héritier nécessaire recueillera au premier ou au deuxième rang. Or, quand le testateur est insolvable et institue son esclave en lui donnant la liberté en fraude des créanciers pour en faire un héritier nécessaire, et éviter le déshonneur de la *Venditio* de son patrimoine, la loi *Ælia Sentia* valide encore cet affranchissement frauduleux ; mais, afin de ne léser les créanciers qu'au cas où le testateur ne pourrait pas avoir d'autre héritier que l'esclave, elle relègue celui-ci au dernier rang, — *novissimo loco*, dit-elle, et cela alors même que cet esclave serait institué au premier degré ; en ce cas donc, l'homme libre substitué, qui voudrait recueillir l'hérédité, devrait, dans l'intérêt des créanciers du *de cujus*, être préféré à l'esclave et recueillir l'hérédité. *Si is qui solvendo non est*, nous dit Paul, *servum cum libertate heredem instituerit et liberum substituerit : ante incipiendum erit à substituto : lex enim Ælia Sentia ita demum ei, qui in fraudem creditorum heres institutus est, conservat libertatem, si nemo alius ex eo testamento heres esse potest* (1).

(1) Loi 57. D., l. 28, t. 5.

La deuxième règle souffre trois exceptions qui se justifient par un principe commun. Pour savoir si une condition et notamment si la condition *si ille heres non erit* est réalisée, il faut examiner, nous avons eu occasion de le dire, comment le testateur a entendu qu'elle fût accomplie ou défaillie. — On décidera la question en recherchant sa volonté sur ce point, sauf, bien entendu, à concilier cette décision avec le principe du *strictum jus* en matière d'acquisition de l'hérédité par les institués au premier degré. — Dans trois cas que nous allons énumérer, c'est à raison du conflit qui existe entre la volonté du défunt et les principes du droit civil que l'institué est appelé à concourir avec le substitué.

Nous commencerons l'examen de nos trois exceptions par les deux cas les plus simples, ils nous faciliteront l'intelligence de la troisième espèce prévue au § 4 de notre titre; qui seule peut donner lieu à de sérieuses difficultés.

*Premier cas.* — Il est prévu par Gaius, commentaire II, § 177, et par Ulpien, règle 22, § 54. Un testateur institue un héritier du premier degré avec création, c'est-à-dire à charge de faire adition dans une forme solennelle et dans un délai déterminé, mais la *cretio est imperfecta*, car le testateur n'a pas ajouté que si l'héritier Titius n'a pas fait l'adition dans le délai fixe, il sera exhéredé, *ipso jure*. Le testateur s'est ainsi exprimé : *Titius heres esto, cernitoque hereditatem intra centum diebus quibus scieris poterisque, si Titius non creverit tum Publius Mævius heres esto* : en un mot, le *de cujus* a substitué *Mævius*

sous la condition négative, *si non creverit Titius*; or l'héritier du premier degré, au lieu de faire adition dans la forme imposée, s'est borné à accepter la succession en faisant acte d'héritier, c'est-à-dire de maître, *pro herede gerendo*, ce mode d'acceptation est certainement valable et régulier en Droit civil, par conséquent Titius est héritier *jure civili* et doit recueillir l'hérédité; mais d'un autre côté le substitué doit également recueillir la succession d'après la volonté du défunt, car la condition négative, *si Titius non creverit* est certainement accomplie; le Droit civil est en conflit avec la volonté du *de cuius*, et dès lors on admet une sorte de transaction, et les droits identiques et rivaux des deux cohéritiers font décider qu'il y aura lieu à partager entre eux l'hérédité. Ce résultat logique avait été admis universellement par les jurisconsultes et nous est indiqué par Gaïus. Mais, à l'époque d'Ulpien, une constitution de l'empereur Marc-Aurèle fit prévaloir le Droit civil à la volonté du *de cuius* et admit l'institué du premier degré pour le tout, même lorsqu'au lieu de procéder à l'acceptation sous forme de crétion il avait fait adition *pro herede gerendo*. Justinien ayant abrogé la crétion, il est évident que, de son temps, la question ne peut plus se présenter.

*Deuxième cas.* — La deuxième exception à notre principe est prévue par un ancien jurisconsulte Scævola (1). Un testateur institue un esclave qu'il sait appartenir en commun à deux personnes, et, pour le cas où cet esclave ne serait pas héritier, il appelle

(1) Loi 48. Pr. D., l. 8, t. 6.

Mœvius comme substitué. Puisque le testateur sait que l'esclave appartient à deux maîtres, il est évident que par ces mots, *si ille heres non erit*, le testateur considèrait la substitution comme ne devant défaillir que tout autant que l'esclave accepterait sous l'ordre de chacun de ses maîtres et par conséquent acquerrait l'hérédité à chacun d'eux. Or, il arrive que c'est sous l'ordre d'un seul que l'esclave fait adition, le maître sur le *jussu* duquel elle a eu lieu acquiert toute l'hérédité, il y a ici accroissement si l'autre *Dominus* ne donne pas l'ordre d'accepter dans le délai accordé par la loi ou par le prêteur; mais ce fait ne peut entraîner la défaillance de la condition *si heres non erit* interprété d'après la pensée du testateur; l'hérédité n'a pas été acquise comme l'avait voulu le *de cuius* à chacun des maîtres de l'esclave, donc la condition *si heres non erit* est accomplie et le substitué arrive à l'hérédité, mais il trouve un héritier *jure civili*, dont le droit est non moins légitime que le sien; il y a donc concours forcé entre lui et le maître, et de ce concours naît encore la nécessité d'un partage par portions égales.

*Troisième cas.* — Cette dernière hypothèse, qui se produisit au temps de Tibère, et donna lieu à un décret de cet empereur, est traitée au § 4 de notre titre. Cet empereur avait un esclave appelé Parthénus : un testateur qui croyait cet esclave libre, *et sui juris patrem-familias esse arbitratur*, l'institue héritier au premier degré, et il ajoute : *Si heres non erit, Mœvius heres esto*; en un mot, il substitue Mœvius à Parthénus, qu'il croyait père de famille. L'esclave survit

au testateur, et accepte l'hérédité du chef de Tibère, qui n'avait pas cessé d'être son maître depuis la confection du testament; on se demande si le substitué Mœvius recueillera la succession en tout ou en partie, en soutenant que la substitution est ouverte.

La raison de douter opposable au substitué c'est que l'esclave est valablement institué, malgré sa servitude et malgré l'erreur du testateur sur sa qualité, on peut faire application du principe posé par Papien dans la loi 72, § 6, au Digeste, livre 33, titre 1, *ratio legandi legato non cohaeret*; la fausseté du motif non indiquée sous forme de condition n'est pas une cause de nullité du legs, il en est de même pour les institutions, et d'ailleurs, dans l'espèce, cette erreur connue, le testateur n'eût-il pas institué l'esclave? cela est tout au moins douteux, donc l'esclave a fait valablement adition, et Tibère est l'héritier régulier, *jure civili*.

D'un autre côté, on peut soutenir en faveur du substitué que la condition de la substitution est accomplie. En effet, pour le savoir, il faut rechercher la volonté du testateur qui croyait Parthénien père de famille au moment de la confection du testament. Voici les seuls faits qui peuvent amener la défaillance de la condition négative : 1° acquisition par l'homme libre de l'hérédité pour lui-même; 2° esclavage du père de famille arrivé postérieurement à l'acte, et dans ce cas acquisition pour ce maître éventuel, le testateur n'a pas pu penser à une acquisition pour un maître actuel, puisqu'il croyait Parthénien libre; le fait qui a eu lieu n'amène donc pas la défaillance de la condi-

tion, bien plus, elle rend impossible l'effet qui pouvait amener cette défaillance. Donc, d'après la pensée du testateur, il est certain que la condition de la substitution ne peut faire défaut, et par conséquent le substitué doit venir à la succession, mais il rencontrera l'héritier *jure civili*, et du concours des deux héritiers naîtra, comme dans les hypothèses précédentes, un partage pour moitié : *In partem substitutus admittitur*.

Nous croyons que c'est à tort que certains interprètes ont admis dans cette hypothèse un partage inégal ; ils se fondent, pour soutenir leur opinion, sur un texte de Justinien, loi 40, au Digeste, livre 28, titre 5, dans la dernière partie de laquelle ce jurisconsulte, à propos d'une hypothèse analogue à celle de Parthénius, conclut en ces termes : *Igitur in hoc casu semisses fient ita ut alter semis inter eum qui dominus instituti heredis fuerit, et substitutum, æquis portionibus dividatur*. On a prétendu que, d'après ce passage, l'hérédité étant partagée en deux, une moitié, *alter semis*, était divisée entre le substitué et l'institué ; mais ces mots, *alter semis*, ont été substitués par une faute de copiste au mot *as*, que le copiste a dû prendre pour une abréviation. Il ne peut en être autrement, car si l'on prenait le texte à la lettre, on partagerait bien sans doute une partie de l'hérédité entre l'institué et le substitué ; mais que deviendrait alors l'autre moitié de la succession non partagée entre le substitué et l'institué ? M. de Vangerow et Fresquet ont vivement critiqué la disposition de Tibère, et y ont vu un exemple de l'arbitraire impérial. En effet, disent-ils, si l'on suit les principes de la logique, le premier degré ne vient pas à l'hérédité, et dès

lors le second degré devrait prendre toute la succession. Nous croyons ces critiques peu fondées, et nous pensons que la décision de Tibère est parfaitement légitime. Dans l'autre opinion, on sacrifie l'un des deux principes qui se trouvent en présence au lieu de les combiner, comme le fait la décision impériale. Il est incontestable que l'institution de Parthénien vaut *jure civili*, malgré l'erreur du testateur; si Mœvius prétend qu'il y avait eu dans la liberté de l'institué une condition tacite de l'institution, il doit le prouver, et dans l'espèce cela lui est impossible, donc il ne peut pas venir pour le tout; cependant, et d'un autre côté, la volonté du testateur doit être obéie, et Parthénien ne recueille pas pour lui-même comme le testateur l'aurait voulu; il fallait donc concilier les intérêts de Parthénien et de Mœvius, et c'est ce qui résultait de la décision de Tibère qui, en jurisconsulte instruit, ne violait pas l'esprit du Droit romain, et qui, en politique habile, ne devait pas chercher à se soustraire à la rigidité des principes dans une espèce qui l'intéressait directement et qui par conséquent devait exciter l'attention des citoyens.

S'il s'agissait du testament d'un militaire dont la volonté seule est la loi en cette matière, on suivrait un système tout différent : alors on rechercherait, pour régler la dévolution de l'hérédité, quelle a été la volonté du *de cujus*, et l'on attribuerait toute l'hérédité à l'un ou l'autre de l'institué ou du substitué, suivant la volonté du militaire. Cette règle particulière, qui est posée dans la Constitution III, au Code, livre 6, titre 24, tend, à notre avis, à démontrer la rigoureuse exactitude de la décision de Tibère pour le cas d'un

testament *paganum* soumis au principe du *strictum jus* et dans lequel ne domine pas d'une façon absolue la volonté du testateur.

### CHAPITRE III

#### COMMENT SONT APPELÉS LES SUBSTITUÉS VULGAIRES ?

Le but de la substitution vulgaire est en général, nous l'avons déjà dit, de multiplier pour le testateur les chances d'avoir une hérédité testamentaire. A cet effet, le *de cujus*, prévoyant le cas où un seul héritier ne recueillerait pas, peut appeler un seul ou plusieurs substitués au deuxième degré ; il peut encore, s'il le préfère, instituer plusieurs personnes et donner un substitué à chacune d'elles, ou substituer un seul individu à tous les institués. Mais le texte au § 1<sup>er</sup>, aux *Institutes*, prévoit un dernier cas de substitution qui dut donner lieu à un examen tout particulier : nous voulons parler de la substitution *réciproque*. Le testateur a institué trois héritiers : *Primus*, *Secundus* et *Tertius* ; puis il a substitué *Secundus* à *Primus*, *Tertius* à *Secundus* et *Primus* à *Tertius*, en d'autres termes, il les a institués et les a substitués *réciproquement* les uns aux autres, *invicem ipsi*, de sorte que si le premier institué manque, par exemple, les deux autres recueilleront à son lieu et place la part qu'il aura laissée vacante. M. Ducaurroy fait observer que ce genre de substitution ne peut pas atteindre le but

ordinaire que se propose le *de cujus* en instituant ; car il n'augmente pas le nombre de ceux qui sont appelés à recueillir l'hérédité, et par suite ne diminue pas pour le testateur les chances de mourir *intestat*. D'un autre côté, on a fait observer que ce mode de substituer est absolument superflu au point de vue de ses effets juridiques, car, en vertu du droit d'accroissement, la part de l'institué défaillant aurait été recueillie par les autres, indépendamment de toute substitution, car on sait que le *jus accrescendi* ne permet pas qu'une part de la succession demeure vacante et que l'on ne peut pas l'attribuer aux héritiers *ab intestat*, puisqu'il y a déjà des héritiers testamentaires et qu'il est de principe, à Rome, que l'on ne peut pas mourir *partim testatus, partim intestatus*. A l'observation de M. Ducaurroy, nous répondons que, bien que la substitution réciproque n'augmente pas le nombre des institués, elle diminue cependant les chances de caducité chez les institués s'ils ont le *jus capiendi*, ainsi que nous le discuterons tout à l'heure ; quant à la deuxième objection, on peut lui faire deux réponses : 1° Si l'on se place à une époque où le droit d'accroissement existe encore, les effets de la substitution vulgaire réciproque et les droits qui en seront la conséquence seront absolument différents de ceux qui seraient créés par l'accroissement ; 2° si l'on se trouve dans un cas ou dans un temps où le droit d'accroissement est impossible, la substitution réciproque permet à tel ou tel institué de prendre la part laissée vacante, part qu'il n'aurait pu obtenir *jure accrescendi*. Nous allons successivement développer ces deux points.

§ 1.

I. *Différence entre les effets de la substitution réciproque et le droit d'accroissement.*

On sait que le droit d'accroissement est la faculté pour l'un des héritiers institués de recueillir, en vertu de la volonté tacite du défunt, une ou plusieurs parts laissées vacantes par le prédécès, le refus, l'incapacité de l'un des institués. Le résultat est le même dans l'hypothèse de l'accroissement que si celui, dont la part était vacante, n'eût pas existé : *retro accrevisse dominum*, disent les textes. Nous n'avons pas à entrer ici dans des détails sur la matière de l'accroissement, nous nous bornerons à rappeler qu'en matière d'institution il a lieu dans les trois hypothèses de *conjunctio*. S'agit-il d'une conjonction *re et verbis*?...

Les héritiers ainsi institués recueillent, par préférence à tous autres, les parts laissées vacantes par un ou plusieurs des institués du même groupe. A leur défaut absolu seulement les parts du groupe passent aux héritiers *conjuncti re tantum*; enfin, ce n'est qu'à défaut de *conjuncti re* que les parts des défailants passent aux *conjuncti verbis tantum*. On sait qu'en matière de legs la *conjunctio verbis tantum* ne donne jamais lieu à l'accroissement, et que la loi 89, au Digeste, *de legatis secundo*, que les anciens commentateurs avaient cru se rapporter à la théorie du *jus accrescendi*, était pour eux inexplicable, et apportait une perturbation complète aux principes de la matière. Lors de la découverte du manuscrit de Gaius, le

sens exact de la loi 89 se dégagea nettement, et il fut facile de voir que ce texte s'appliquait à la théorie des *caduca*, et ne modifiait en rien la théorie des anciens commentateurs sur le droit d'accroissement. Dans la *conjunctio verbis tantum* en matière de legs, il n'y a pas lieu à l'accroissement; on sait que dans le legs *per damnationem*, un droit de créance étant formé et les créances naissant divisées, l'accroissement est impossible (*damnatio partes facit*); si les parts faites à chacun des légataires, par la nature même du legs *per damnationem*, ne sont autre chose que le résultat de la présomption légale tirée de la manifestation de la volonté du testateur faite en une certaine forme, il y a attribution de part, parce que le testateur a déclaré tacitement qu'il en fût ainsi. Dès lors, quand il aura fait la disposition sous forme de *conjunctio verbis tantum*, il ne saurait y avoir d'accroissement, puisque, en définitive, le *legatum* sera un *legatum per damnationem*. Lorsqu'il s'agit d'institution de plusieurs héritiers, faite avec assignation de part pour chacun d'eux, il semble qu'il devrait en être de même, mais il faut respecter la règle : *Nemo paganus partim testatus, partim intestatus decedere potest*, et c'est pour ce motif, afin d'empêcher qu'en cas de défaillance de l'un des institués la succession ne s'ouvre, partie par testament, partie *ab intestat*, que la part laissée vacante par l'un des *conjuncti verbis* est recueillie par son coinstitué. On peut voir un cas d'application de la règle que nous venons de poser dans un texte de Pomponius au Digeste (1). Il suppose une institution d'hé-

(1) Loi 66. D., l. 28, t. 5.

ritier faite ainsi : *Titius heres esto, Gaius et Mœvius æquis partibus heredes sunt*, et le texte dit que si Gaius ou Mœvius fait défaut, la part du défaillant sera attribuée aux deux autres ; donc les trois héritiers sont traités de la même façon. Qu'importe, en effet, dit Machelard (1), l'unité de phrase dans l'institution lorsque chacun étant assignataire d'une portion de cette institution, il a reçu en réalité une fraction autre que celle de l'héritier qui lui est accolé verbalement ? Ce n'est là, de la part du testateur, qu'une économie de temps, une manière plus prompte de s'exprimer. Quand je dis que j'institue pour la moitié de mon hérédité *Primus* et *Secundus*, en ajoutant *æquis partibus*, c'est comme si je disais, par deux propositions distinctes : J'institue *Primus* pour un quart, j'institue *Secundus* pour un quart. La *conjunctio* n'existe pas dans le sens propre du mot, parce qu'il n'y a pas attribution de la même chose.

L'accroissement s'opérait forcément et indépendamment de la volonté des héritiers, pourvu qu'ils eussent fait adition pour les parts qui viendraient à manquer ensuite ; en conséquence, il importait peu que la défaillance, donnant lieu à l'accroissement, se produisit après la mort de l'héritier, qui avait fait adition de sa part ; ses héritiers recueillaient la portion devenue vacante ; l'accroissement avait lieu et augmentait la portion de l'héritier défunt ; il se faisait *portionis portioni* (2). Enfin, l'accroissement avait lieu sans charge des legs imposés *nominatim* à l'un des héri-

(1) *Dissert. sur l'accrois*, p. 6 à 12.

(2) Loi 26, § 1. D., l. 35, t. 1.

tiers défaillants, au lieu d'être laissé d'une manière générale à la charge de l'hérédité (1).

En résumé, l'accroissement avait lieu *etiam invito colegatario, sine onere, et portionis portioni* ; contrairement à l'accroissement, la substitution vulgaire n'est qu'une institution conditionnelle d'un genre particulier ; la condition est accomplie lorsque l'institué au premier degré n'arrive pas à l'hérédité ; il faut donc, pour qu'elle puisse produire ce résultat : 1° que le substitué soit vivant, capable lors de l'ouverture, et qu'il veuille bien accepter la substitution. Si nous appliquons ces règles à l'hypothèse de substitution réciproque que nous avons choisie, et dans laquelle *Primus, Secundus* et *Tertius* sont institués et substitués réciproquement, *Secundus* mourant après avoir fait adition d'hérédité, puis *Primus* devenant incapable, si *Tertius* survit et accepte l'hérédité, nous devons accorder à *Tertius* toute la part vacante ; les héritiers de *Secundus* ne la recueilleront pas, puisque la substitution ne peut s'ouvrir au profit de *Secundus* décédé, et que le bénéfice en est personnel à l'institué, substitué lui-même. S'il n'y avait pas eu de substitution réciproque, la part du premier devrait se partager entre *Tertius* et les héritiers de *Secundus*, mort après avoir fait adition, car, en matière d'accroissement, l'héritier institué est censé avoir accepté toute la part à venir. En acceptant l'hérédité, il l'a fait *in totum*, et l'on applique le principe : *Retrò accrevisse videtur dominium* (2).

(1) Loi 27, § 1 et 2. D., de leg. secundo. — Loi 1, § 13. D., ad legem Falc. l. 35, t. 2.

(2) V., loi 45, § 1. D., de vulg. subst., l. 28, t. 6. — Loi 31. l. 20., t. 2.

II. En théorie pure, on pourrait signaler une seconde différence entre les effets de l'accroissement et ceux de la substitution.

En effet, on sait que l'accroissement était forcé et qu'il avait lieu *ipso jure* au profit de celui qui avait recueilli : au contraire, la substitution étant une institution conditionnelle distincte de la première, on conçoit que celui qui a fait adition pour son propre compte en qualité d'institué, puisse répudier ensuite la part qui lui arrive *jure substitutionis*, c'est-à-dire en sa qualité de substitué; nous devons constater d'ailleurs que, dans la pratique des faits, ce résultat sera écarté par cette considération d'ordre supérieur en matière de testament, qu'il serait contraire à la volonté, tacitement exprimée par le défunt, de permettre au substitué de répudier ainsi une part vacante quand il a accepté la sienne propre. Plusieurs textes au Digeste constatent ce résultat pratique, notamment la loi 55, liv. 29, t. 2, dans laquelle le jurisconsulte Upien s'exprime ainsi : « *Si quis heres institutus ex parte, mox Titio substitutus antequam ex causâ substitutionis ei deferatur hereditas, pro herede gesserit : erit heres ex causâ quoque substitutionis : quonian invito quoque ei aderescit portio.* » — On le retrouve encore dans la loi 76, au même titre, et dans une constitution de Dioclétien, au Code qui forme la loi 6, liv. 6, titre 26. Il ne reste donc que la première différence que nous avons indiquée plus haut.

Notre théorie s'appliquait en Droit civil jusqu'au règne d'Auguste, car le droit d'accroissement n'avait pas encore été modifié ; bien plus, sous le système des lois caducaires, la distinction entre l'accroissement et

la substitution pouvait présenter une grande utilité dans les cas spéciaux où le *jus accrescendi* avait été maintenu. Or, le droit d'accroissement avait été conservé, d'abord en matière de legs d'usufruit, ensuite dans l'hypothèse où des parts avaient été réputées *pro non scriptæ* au profit de celui qui était institué utilement, ce qui pouvait se présenter lorsque l'un des héritiers institués était mort ou n'avait pas la *factio testamenti* passive au moment de l'acte. Enfin, il en était de même au cas où des parts d'hérédité étaient *quasi-caducques*, lorsque, par exemple, les ayant-droit à l'accroissement étaient des ascendants ou des descendants jusqu'au troisième degré à qui le *jus antiquum* avait été conservé. Mais il y a doute sur le point de savoir s'il en était de même lorsqu'il s'agissait de parts caducques et si, par conséquent, le *jus antiquum* s'appliquait à ces parts.

M. Machelard, dans son traité de l'accroissement, page 98 et suivantes, opte pour l'affirmative. A son avis, le *jus antiquum* est réservé aux ascendants en matière de *caduca* proprement dits. Il est bien vrai, dit-il, que les parts caducques sont en principe attribuées aux *patres*, qu'elles sont en quelque sorte la récompense de la paternité; mais les ascendants ou descendants du *de cujus* peuvent invoquer un titre non moins sérieux : l'étroite parenté qui les unissait au défunt. Ces parents, fait observer M. Machelard, avaient, dans l'hypothèse d'omission ou d'exhérédation injuste, le droit de faire prononcer la nullité du testament au moyen de la *querela inofficiosi testamenti*; ils étaient donc traités à Rome avec une faveur marquée, et leur situation était telle qu'elle devait

nécessairement balancer celle que les lois caducaires avaient faite à la paternité. « Les lois caducaires, « ajoute le savant jurisconsulte, atteindraient tous « jours leur but principal, celui de punir les citoyens « qui n'y auront pas satisfait. Quant à l'attribution « des parts devenues libres, il y aura lieu à tenir « compte, soit des privilèges réservés aux cognats en « ligne directe, soit des prérogatives de la paternité. « Le droit d'accroissement, suivant l'expression des « textes, a été maintenu intact à l'égard des *liberi et* « *parentes* ; or, ce droit consiste à recueillir tout ce « que les autres appelés ne peuvent prendre. C'est « une conséquence attachée à la nature même de la « qualité d'héritier, et qui doit continuer à se pro- « duire pour ceux auxquels cette qualité a été con- « servée avec tous ses avantages. Le droit devra s'ap- « pliquer plus largement à mesure que la législation « augmentera les occasions qui amèneraient une dé- « faillance. »

La majorité des auteurs est contraire au système du savant professeur de la Faculté de Paris. Qu'est-ce, en effet, que le *jus antiquum* ? C'est le droit accordé aux parents en ligne directe jusqu'au troisième degré inclusivement de recueillir la libéralité qui ne parvient pas à son destinataire toutes les fois qu'il l'aurait recueillie en vertu du droit ancien. Or, dit M. Accharias, « d'après la définition du *jus antiquum* donnée par « Ulpien, ce droit ne doit pas s'appliquer aux *caduca* « dans le sens propre du mot, car le droit ancien « n'admettant pas la caducité, la disposition eût tou- « jours produit son effet régulier et, par conséquent, « n'eût jamais profité à un ascendant ou à un descen-

« dant auxquels elle n'était pas destinée. » Nous n'hésitons pas à nous ranger à cette opinion qui nous paraît être plus conforme au texte d'Ulpien (1).

§ 2.

*Deuxième utilité de la substitution réciproque.*

Depuis les lois caducaires, l'utilité de la substitution réciproque se présentait dans le cas où l'accroissement avait cessé d'exister : c'est ainsi que depuis l'établissement de ces *leges novae*, la substitution réciproque peut permettre à celui qui n'aurait plus le droit d'invoquer le *jus accrescendi* et qui, en raison de sa qualité, ne pourrait pas revendiquer les parts caduques, de recueillir une part vacante, cette seconde utilité paraît donc pouvoir se présenter dans le Droit depuis l'époque des lois Julia et Papia Poppea jusqu'à l'année 534, époque à laquelle Justinien abolit les lois caducaires et le privilège des *patres*. Or, en 533, à l'époque où les Institutes furent promulguées, cette utilité existait encore ; c'est là un point que M. Ducaurroy avait cru devoir constater (2). Mais le savant romaniste se bornait simplement à cette observation, insuffisante d'ailleurs, car elle tombait devant l'objection suivante, produite par M. Machelard. De deux choses l'une, dit-on, ou le substitué qui veut invoquer la substitution réciproque est *pater* et alors il a le

(1) M. Humbert à son cours. M. Constans, conférences de doctorat.

(2) Tome I, n° 64.

droit de revendiquer la part caduque, en vertu du *jus patrûm*, ou il est *cœlebs* ou *orbis* et alors il ne peut invoquer la substitution réciproque en présence de l'incapacité créée par les lois caducaires. Il semble impossible, *à priori*, de sortir de ce dilemme ; cependant M. Machelard a trouvé une solution qui échappe aux deux termes du dilemme proposé : supposons un individu ayant la *solidi capacitas*, c'est-à-dire ayant le pouvoir de recueillir ce qui lui est donné directement, purement, ou sans condition, bien qu'il n'ait pas le privilège des *patres*, par exemple : un cognat ou un mineur de vingt-cinq ans, ce *solidi capax* ne pourra pas venir en vertu du *jus caduca vindicandi* qu'il n'a pas, mais il arrivera *jure proprio* comme substitué, et en vertu du *jus capiendi* qui lui appartient ; ceci dit, l'utilité de la substitution réciproque sous le système des lois caducaires se comprend très aisément dans l'espèce suivante : soit trois institués. *Primus*, *Secundus* et *Tertius* substitués réciproquement l'un à l'autre, la part de *Primus* devient caduque, et, par exemple, parce que *Primus* était *cœlebs* ou *latin Junien*, et qu'il n'est pas devenu citoyen dans les cent jours de l'ouverture de l'hérédité, *Tertius* est *pater*, c'est donc lui qui devrait prendre la part caduque, si *Secundus*, qui ne l'est pas, n'était pas substitué ; or, supposez que *Secundus* soit célibataire, mais cognat, qu'il ait par conséquent le *jus capiendi* ou la *solidi capacitas*, il pourra partager avec *Tertius* le *caducum* à suite de la substitution réciproque, alors que cela lui serait impossible sans être substitué.

La même décision devait s'appliquer si la part de *Primus* était *in causa caduci*, c'est-à-dire n'avait pas

été recueillie par suite d'un fait postérieur à la confection du testament, par exemple, au cas de décès, de répudiation, de défaillance de la condition, ou d'extranéité ou pérégrination acquise; seulement, il faut observer que, dans cette hypothèse de la *causa caduci*, *Secundus* pourrait avoir conservé le *jus antiquum* comme ascendant ou descendant du troisième degré, ce qui maintiendrait le droit d'accroissement et ce qui rendrait dès lors complètement inutile, à ce point de vue, du moins, la substitution réciproque, qui ne lui serait plus nécessaire pour recueillir la part de *Primus*.

Le paragraphe deux de notre titre aux *Institutes* résout la question de savoir comment la part vacante par l'un des institués dans une substitution réciproque, sera partagée entre ceux qui recueillent la substitution. Le texte de Justinien décide que l'on observera dans ce partage la même division de parts que le testateur avait faites dans l'institution entre les institués. Ainsi, si nous supposons que *Primus*, *Secundus* et *Tertius* soient institués et substitués réciproquement, *Primus* pour un quart, *Secundus* pour la moitié et *Tertius* pour le quart restant, si la part de *Primus* devient vacante, le quart qui lui revenait sera attribué à *Secundus* et à *Tertius* qui se le partageront en proportion des parts qui leur étaient faites dans l'institution. *Secundus* devra avoir deux fois autant que *Tertius*, puisque son institution était pour moitié et celle de *Tertius* pour un quart; il obtiendra donc les deux tiers de la part vacante et *Tertius* le tiers restant : *Et si ex disparibus partibus heredes scriptos invicem substituerit, et nullam mentionem in*

*substitutione partium habuerit, eas videtur in substitutione partes dedisse quas in institutione expressit, et ità divus Pius rescripsit* (1). Il est d'ailleurs certain que la forme de partage que nous venons d'indiquer ne devait avoir lieu, comme le dit le texte, qu'à défaut de volonté contraire manifestée par le *de cujus*, et qu'en conséquence le testateur aurait pu, par une clause formelle, modifier le système de répartition ordinaire et en établir une spéciale à laquelle les parties auraient dû se conformer.

En général, sans doute, la substitution vulgaire est formellement contenue dans le testament, mais elle peut être tacite. Nous verrons plus tard un exemple, en traitant de la substitution pupillaire, qui est censée confirmer la substitution vulgaire faite par le père et *réciiproquement* à moins que des circonstances dénotent une intention contraire chez le *de cujus* (2).

Le paragraphe trois de notre titre aux *Institutes* indique un autre cas de substitution vulgaire tacite : *Sed si instituto heredi et coheredi suo substituto dato, alius substitutus fuerit dive, Severus et Antonius sine distinctione rescripserunt ad utramque partem substitutum admitti* (3). Voici l'hypothèse prévue par ce texte : *Primus* et *Secundus* sont institués héritiers et *Secundus* est substitué à *Primus*, mais dans la forme ordinaire et sans réciprocité ; *Tertius* n'est pas institué, mais il est appelé au second degré comme substitué vulgaire de *Secundus* seul. Justinien déclare que, par l'effet de la substitution de *Tertius* à *Secun-*

(1) *Instit.*, l. 2, t. 15, § 2.

(2) *Constitution*, 4 et 8 au Code, l. 6, t. 26.

(3) § 3, h., tit.

*dus*, *Tertius* est réputé substitué à *Primus*, et cela a lieu, dit-il, *sine distinctione*, sans distinction aucune, aux termes mêmes d'un rescrit des empereurs Sévère et Antonin. Ces mots *sine distinctione* font allusion, dans le texte des *Institutes*, à une distinction qui existait anciennement et qui fut supprimée par une constitution des empereurs que nous venons de désigner.

Autrefois, en effet, pour que la substitution tacite fût admise, il fallait que dans notre espèce la substitution de *Secundus* à *Primus* remplît deux conditions : 1<sup>o</sup> Elle devait être écrite dans le testament avant celle de *Tertius* à *Secundus* ; 2<sup>o</sup> il fallait qu'elle se fût ouverte la première par le prédécès ou la répudiation de *Primus* avant *Secundus*. Ces deux conditions étaient absolument irrationnelles : qu'importe, en effet, l'ordre dans lequel les substitutions sont inscrites dans le testament, l'intention du testateur peut-elle être modifiée par l'ordre au moyen duquel il a exprimé sa volonté?... Bien plus, qu'importe que *Primus* soit mort avant *Secundus*, celui-ci ne recueillera pas tant qu'il n'a pas fait adition, et *Tertius*, en conséquence, ne se présente pas et ne peut pas se présenter comme son ayant-cause ; il tient ses droits de la volonté du testateur, qui l'appelle à défaut de *Secundus*, et non de la succession de ce dernier, dont il n'est pas héritier. C'est donc à tort que l'on croyait devoir exiger que la part de *Secundus* fût déjà grossie de celle de *Primus* pour que *Tertius* les recueillît toutes deux ; le rescrit de Sévère et d'Antonin Caracalla admet donc avec raison le substitué *Tertius ad utramque partem*, et, cela, quand même la substitution de *Se-*

*cundus à Primus* eût été écrite et se fût ouverte en second lieu (1). C'est ainsi que fut introduite dans le Droit romain la maxime célèbre : *Substitutus substituto tacite substitutus instituto esse censetur* ; cette règle fut étendue plus tard au cas de substitution pupillaire ; il est vrai qu'un texte de Scœvola, loi 47 au Digest, livre 28, t. VI, paraît contredire notre affirmation, mais ce texte ne doit pas modifier le principe et l'on peut écarter l'argument que l'on peut en déduire à l'aide d'une observation décisive, c'est que Scœvola est un jurisconsulte qui écrivait au temps de Marc-Aurèle, et par conséquent dans un temps où la règle que nous venons d'indiquer n'était pas encore généralisée.

Il faut voir maintenant quelle est en Droit romain l'utilité de la règle *substitutus substituto*. Elle en a deux : l'une existe sous l'empire du droit d'accroissement, par conséquent avant Auguste et du temps de Justinien, l'autre même sous l'empire des lois caducaires.

En effet, dans le premier cas, la maxime peut modifier l'effet du droit d'accroissement même à l'époque des *Institutes*, écrites en 529 ; supposons trois héritiers institués, *Primus*, *Secundus* et *Tertius*, *Seïus* substitué de *Secundus* seul. Si la maxime n'existait pas, et que les parts des deux premiers institués devinssent vacantes, *Seïus* recueillerait seul la part de *Secundus* ; mais celle de *Primus* se partagerait entre *Tertius* et *Seïus* en vertu du *jus accrescendi* ; au contraire, d'après notre maxime, *Seïus* la recueillera seul

(1) Loi 41. D., de vulg. subst.

en vertu de sa substitution à *Secundus* qui le fait présumer substitué à *Primus*. La deuxième utilité de la maxime se présente sous l'empire des lois caducaires ; nous allons le prouver en reprenant notre hypothèse ; mais avec trois personnages seulement : soient *Primus* et *Secundus* institués ; *Secundus* est substitué à *Primus* et *Seïus* non institué est substitué à *Secundus*, *Primus* est *cælebs* ainsi que *Secundus*, et par conséquent les institués n'ont pas le *jus capiendi*, leurs parts sont caduques ou *in causâ caduci*. *Seïus*, le substitué de *Secundus*, est également *cælebs*, mais il a la *solidi capacitas* pour un motif quelconque, soit parce qu'il est cognat, soit parce qu'il est mineur de vingt-cinq ans ; si l'on n'appliquait pas la règle *substitutus substituto*, *Seïus* substitué seulement de *Secundus*, recueillerait seulement sa part, celle de *Primus* irait à l'*ærarium*, puisqu'il n'y a plus dans notre espèce de cohéritier *pater*, ou au cohéritier *pater*, s'il y en avait un troisième, mais en vertu de notre règle *Seïus*, étant réputé substitué de *Primus*, recueillera directement la part laissée par celui-ci.

---

## DE LA SUBSTITUTION PUPILLAIRE

### CHAPITRE PREMIER.

#### NATURE ET FORME DE LA SUBSTITUTION PUPILLAIRE.

La substitution pupillaire est l'acte par lequel un testateur, après avoir disposé pour lui-même, fait le testament d'un descendant soumis à sa puissance pour le cas où celui-ci, devenu *sui juris* par la mort du testateur, viendrait ensuite à décéder impubère.

Quoi qu'en ait voulu dire Vinnius, cette substitution pupillaire est bien une véritable substitution, car c'est une disposition pour le fils qui est subordonnée à la validité du testament paternel, c'est-à-dire qui suivra toutes ses chances, vivra ou s'éteindra avec lui.

Elle fut introduite dans le Droit romain par la loi des Douze Tables ; la substitution pupillaire y pénétra par les coutumes, *moribus*. Il faut, cependant, remarquer que c'est sous l'empire de la même idée que ces deux substitutions ont été admises, avec toutefois cette différence que la substitution vulgaire a pour but d'augmenter les chances de mourir *testat* au profit du testateur, tandis que la seconde a pour objet d'empêcher le fils *sui juris* de mourir sans testament. Dans cette hypothèse, le père, en vertu de sa *patria potestas*, exerce par anticipation le droit que devra avoir plus tard son fils après avoir fait son testament.

Comme toutes les substitutions du droit jurisprudentiel, la substitution pupillaire donna lieu entre les *prudentes* à de vives controverses sur sa nature; suivant M. de Vangerow, l'opinion primitive considéra d'abord la substitution pupillaire comme une simple substitution vulgaire pour la succession du testateur, modifiée par une condition spéciale. Les biens acquis par le fils depuis le décès du testateur n'étant regardés que comme une sorte d'accroissement de l'hérédité du testateur (loi 1, § 1, D., liv. 28, t. 6), le substitué pupillaire était dans ce système un *heres secundus* du père recueillant la succession de celui-ci après le fils, et sous cette condition spéciale que le fils mourrait *sui juris* et impubère; c'est d'après ce principe que Nératius admettait qu'il n'y avait là qu'un testament disposant d'une seule hérédité; de là deux conséquences principales à déduire de ce vieux système.

A. Les substitués qui avaient recueilli en partie l'hérédité du père, étaient censés avoir acquis par avance l'hérédité du pupille; donc, même dans l'hypothèse où ils seraient morts avant lui, cette hérédité accessoire allait rejoindre leur part entre les mains de leurs héritiers, et cela fatalement comme conséquence du *jus accrescendi* (1).

B. Si le substitué n'avait pas le *jus capiendi* à l'égard du père, on doutait qu'il pût recueillir l'hérédité du fils: *Si is, qui ex bonis testatoris solidum capere non possit, substitutus sit ab eo impuberi filio ejus: solidum ex ea causa capiet, quasi à pupillo ca-*

(1) Loi 59. D., l. 29, t. 2.

*piat: sed hoc ita interpretari Julianus noster videtur ut ex bonis que testatoris fuerant, amplius capere non possit : quod si pupillo aliquid prætereà adquisitum esset, aut si exheredato esset substitutus non impediri eum, capere quasi à pupillo capiat (1).* Si, au contraire, le substitué avait ce *jus capiendi* à l'égard du père, cela suffisait dans l'opinion d'un grand nombre de *prudentes* pour qu'il pût recueillir le tout.

Au troisième siècle de notre ère, à l'époque de Paul et d'Ulpien, l'ensemble des textes du Digeste prouve que le système ancien avait été abandonné, et qu'il en avait prévalu un autre d'après lequel on décidait que dans la substitution pupillaire il y a disposition de deux hérédités parfaitement distinctes, celle du testateur et celle du pupille. Cette opinion est la seule logique, car on ne comprend pas, s'il n'y a qu'une hérédité, que le testateur puisse faire la substitution en exhéredant son fils, ce qui cependant lui est loisible, suivant les termes formels du paragraphe IV, livre 2, titre 16, aux *Institutes*. Si d'ailleurs il n'en était pas ainsi, et que la disposition ne fût faite que pour une seule hérédité, le fils mourrait *intestat* et c'est précisément cela que le père a voulu éviter : bien plus, le père mourrait sans hérédité, ce qui est véritablement incompréhensible et ce qui devrait cependant avoir lieu, les biens acquis par lui étant censés faire partie de la succession de son père. Nous pouvons ajouter que si le fils institué recueille l'hérédité du testateur, on ne peut comprendre que celui-ci ait ensuite un second héritier, il y aurait là une violation flagrante de

(1) Loi 6. D., l. 28, t. 6.

la maxime : *Semel heres, semper heres*. C'est donc avec raison que les jurisconsultes avaient admis la dualité de l'hérédité et du testament dans la substitution pupillaire. Seulement, et par souvenir de l'ancien principe, par respect peut-être exagéré de la tradition, on admit que le testament du fils n'est qu'un accessoire du testament du père et se confond avec lui au point de vue de la validité et quelquefois même de la forme. Nous allons indiquer succinctement quelles sont les conséquences principales de ce point de vue.

#### *Conséquences de l'idée d'unité du testament.*

La substitution pupillaire ou testament du fils fait par le père n'étant que l'accessoire du testament paternel, le *pater* ne peut tester pour son fils qu'après avoir préalablement testé pour lui-même, l'accessoire devant suivre le principal et ne pouvant le précéder. Comme conséquence du même principe, l'existence de la substitution pupillaire dépend de la validité et du maintien du testament paternel, toutes les fois du moins qu'il s'agit du testament d'un *paganus*. (Loi 2, § 1, et loi 47, D., l. 28, t. 6.) Si le testament était *injustum*, devenait *irritum*, ou bien même *destitutum*, la substitution pupillaire s'évanouissait : *si ex asse heres institutus filio exheredato substitutus repudiaverit patris hereditatem, cum non haberet substitutum : non poterit filii adire : nec enim valet filii testamentum, nisi patris fuerit adita hereditas : nec enim sufficit ad secundarum tabularum vim sic esse factum testamentum ut ex eo adiri*

*hereditas possit* (1). Mais pour l'invalidité de la substitution, il est nécessaire que l'invalidation du testament du *pater familias* soit *absolue*, car le plus petit effet conservé à ce testament par le Droit civil ou le Droit prétorien suffit pour soutenir la substitution qui y est contenue ; nous pouvons en citer avec les textes trois exemples principaux :

1° Si un enfant émancipé par son père, omis dans le testament de celui-ci, a obtenu la *bonarum possessio contra tabulas* contre le testament où l'impubère à qui l'on a fait une substitution était institué, les legs faits aux proches cognats sont maintenus, et dès lors le testament conserve *jure civili* un certain effet ; cela suffit pour que la substitution pupillaire subsiste dans son entier : *Etiamsi contra patris tabulas bonorum possessio petita sit substituto tamen pupillaris valet* (2).

2° Ulpien nous fournit un deuxième exemple de substitution pupillaire maintenue, le testament du *pater familias* produisant un effet. Ce jurisconsulte suppose un père de famille instituant pour héritier son enfant impubère : Celui-ci, dit-il, s'abstient de l'hérédité testamentaire et demande la *bonorum possessio ab intestat* ; en pareil cas, le préteur maintient les legs contenus dans le testament. Cette efficacité donnée au testament du père suffit pour empêcher que la substitution ne s'évanouisse : *Planè*, dit Ulpien, *si omissa causâ principalis testamenti ab intestato possideatur hereditas, dicendum est et pupillo substitutum servandum*.

(1) Loi 10, § 4, l. 28, t. 6.

(2) Loi 2, § 1, *in fine*, D., *de vulg. et pup. subst.*

3° Enfin, si l'héritier institué s'abstient de l'hérédité testamentaire et demande au prêteur la *bonorum possessio undè liberi* parce qu'il est en même temps héritier *ab intestat* du *pater*, et cela afin de ne pas payer les legs mis à sa charge, la substitution subsiste encore à cause de la disposition de l'édit prétorien : *Si quis omissa causâ testamenti*, etc., ainsi que cela résulte de la loi 1, § 7, l. 28, t. 4.

En se plaçant toujours au même point de vue de l'unité du testament du père et du fils, les deux dispositions peuvent être rédigées en un seul et même acte, conformément aux principes généraux en matière de confection de testament, c'est-à-dire qu'il suffira pour les deux de la présence de sept témoins.

Enfin, et comme dernière conséquence du principe d'unité, les personnes substituées pupillairement qui, si elles avaient été substituées par le père auraient été héritiers nécessaires de celui-ci, seront héritiers nécessaires du fils, même dans le cas où ces personnes n'auraient jamais été soumises à la *potestas* de celui à qui elles sont substituées. Ulpien, dans la loi 2, § 4, *in fine*, D., l. 29, t. 2, donne une application de cette règle pour l'hypothèse d'un posthume sien du testateur frère du pupille à qui l'on a fait la substitution.

Selon le point de vue auquel on se place, les jurisconsultes romains affirment qu'en cas de substitution pupillaire, il y a tantôt deux testaments, tantôt un seul. Gaius et Justinien admettent les deux manières de parler : *Duo quodam modò sunt testamenta, alterum patris, alterum filii, tanquam si ipse filius sibi heredem instituisset ; aut certe unum est testamentum duarum causarum, id est duarum hereditatum.*

Pourquoi sommes-nous autorisés à dire qu'il y a deux testaments? dit M. Demangeat. Parce que la substitution, la désignation d'un héritier pour l'enfant n'est pas nécessairement dans le même acte où se trouve l'institution, c'est-à-dire la nomination de l'héritier du père (1). Il peut même arriver que l'un des deux actes soit écrit et que l'autre soit purement numcupatif: *si pater sibi per scripturam, filio per numcupationem vel contra fecerit testamentum valebit* (2). Enfin, les deux actes sont tellement distincts qu'il se peut qu'au moment où il fait le premier, contenant l'institution, le testateur n'ait point encore la puissance paternelle sur l'impubère à qui par le deuxième il donne un substitué (3).

Pourquoi, se demande encore le même commentateur, sommes-nous autorisés à dire également qu'il n'y a qu'un seul testament? D'abord parce qu'il suffit d'employer la forme requise pour un seul: *Patris et filii testamentum*, dit Ulpien, *pro uno habetur, etiam in jure prætorio: nam ut Marcellus, lib. Digestorum IX scribit, sufficit tabulas esse patris signatas, et si resignate sint filii; et septem signa patris sufficiunt* (4).

De plus, ce qui est bien remarquable, le testament du père étant nul ou infirmé, la substitution eût-elle été faite par un acte séparé, ne peut valoir (5). Enfin, supposons que le substitué dût être l'héritier nécessaire du père, s'il était appelé à la succession: il sera héritier nécessaire du fils impubère, bien que n'ayant

(1) Loi 16, § 1. D. de vulg et pup. subst.

(2) Loi 20, § 1, cod. tit.

(3) Loi 2, pr. in fine, cod. tit.

(4) Loi 20, pr., cod. tit.

(5) Loi 10, § 4, cod. tit.; Just., § 5, de pup. subst.

jamais été sous sa puissance. *Quos possum heredes mihi facere necessarios possum et filio : et servum meum, et fratrem suum, quamvis in rebus humanis mundum sit posthumus igitur erit fratri heres necessarius* (1).

Si Gaius et Justinien admettent qu'on dise qu'il n'y a qu'un seul testament, ils ne paraissent pas admettre qu'on puisse dire qu'il n'y a qu'une seule hérédité. Je crois que la plupart des jurisconsultes romains ont effectivement considéré l'hérédité du fils, à laquelle est appelé le substitué, comme tout à fait distincte de l'hérédité du père. Ainsi, d'après Ulpien, *Tertius*, institué et substitué pupillairement, ayant vendu l'hérédité du testateur, n'est point présumé avoir vendu. *Quod ex impuberis hereditatem ad eum pervenit. Pourquoi? Parce que, licet unum testamentum sit alia atque alia hereditas est* (2). De même, d'après Paul, l'homme institué et substitué pupillairement peut n'avoir pas ou n'avoir qu'incomplètement le *jus capiendi* relativement à l'une des deux hérédités, et l'avoir plein et entier relativement à l'autre. *Si his qui heres institutus est, filio substitutus sit nihil oberit ei in substitutione si tunc eapere possit cum filius decessit ; contra quoque potest pœnas in testamento pupilli pati, licet in patris passus non sit* (3).

Julien distingue même deux hérédités lorsque l'impubère meurt après avoir succédé à son père. Dans les biens laissés par le fils, il distingue ceux qui ont appartenu au père et ceux que le fils a pu recueillir *aliundè*. C'est du moins ce que rapporte Tèrentius Clémens, dans un fragment tiré de son Commentaire

(1) Même loi 10, § 1.

(2) Loi 2, § 2. D., *de hered. vel act. vend.* (18, 4).

(3) Loi 11, D., *de vulg. et pup. subst.*

sur la loi *Julia* et *Papia* : *Si is qui ex bonis testatoris solidum capere non possit substitutus si ab eo impuberi filio ejus, solidum ex eâ causâ capiet quasi à pupillo capiat. Sed hoc ita interpretari Julianus noster videtur ut ex bonis quæ testatoris fuerant amplius capere non possit ; quod si pupillo aliquid prætereâ acquisitum esset aut si exheredato esset substitutus, non impediri eum capere quasi à pupillo capiat* (1). Pour comprendre ce texte, on peut supposer que le testateur, après avoir constitué pour héritier son fils impubère, lui a substitué pupillairement un *orbis* qui est l'allié du fils sans être celui du père, qui, par conséquent, a pleinement le *jus capiendi* vis-à-vis du fils, tandis qu'il ne l'a que pour moitié vis-à-vis du père : suivant Julien, à la mort du fils ce substitué ne pourra prendre que moitié dans les biens qui viennent du père.

Certains jurisconsultes admettaient cependant que l'hérédité du fils n'est qu'une sorte de dépendance de l'hérédité du père, en ce sens du moins que l'hérédité du père, ayant une fois été recueillie par celui qui est en même temps institué et substitué, l'hérédité du fils lui arrive forcément, *jure accrescendi* (2).

#### *Conséquences du principe de la dualité des hérédités.*

Ce fut le principe qui, malgré quelques divergences d'opinion, avait fait admettre la dualité des testaments qui fit admettre comme corollaire la dualité des hérédités ; de là, les conséquences suivantes : 1° Nous l'avons dit déjà, le testateur peut disposer des deux hérédités par deux actes complètement distincts, pourvu

(1) Loi 6, cod. tit.

(2) Loi 59. D., de adq. vel om. hered.

que le testament fait pour le père précède celui qu'il fait pour son fils ; d'ailleurs l'un des deux testaments peut être numcupatif et l'autre fait par écrit ; le premier peut, ainsi que le dit Gaius, § 181, Commentaire II, être ouvert après la mort du testateur, l'autre demeurer cacheté pour éviter des embûches aux pupilles. Ne pourrait-il pas, en effet, arriver que ses agnats, appelés à lui succéder *ab intestat* eussent la tentation de ne pas le laisser atteindre sa puberté ? Le père, pour se rassurer contre eux, leur ôte tout intérêt à commettre le crime dont il les suppose capables. En effet, un substitué pupillaire étant donné à l'enfant, que celui-ci vienne à mourir avant sa puberté, les agnats n'en retireront aucun avantage. — Mais, peut-on dire, le danger n'est que déplacé, il n'est réellement pas conjuré. Les agnats n'ont plus intérêt à ce que l'enfant meure impubère ; c'est le substitué qui s'y trouve intéressé, car son droit éventuel à la succession de l'enfant s'évanouit dès que celui-ci devient pubère. L'enfant gagnera-t-il beaucoup à ce changement ? L'objection avait été prévue, et le moyen avait été fourni au testateur de faire en sorte que personne ne se sache intéressé à la mort prématurée de l'enfant. Pour cela le testateur, dans son propre testament, qui doit être ouvert après sa mort, annonce qu'il a un substitué pupillaire, et par là il désintéresse les agnats à commettre un crime. Maintenant ce substitué quel est-il ? On ne le saura pas tant que l'enfant sera vivant : ce n'est qu'après qu'il sera mort, étant encore impubère, qu'on ouvrira la partie du testament où se trouve le nom du substitué (1).

(1) Gaius, II, § 181 ; Just., § 3, de *pup. subst.*

2° Un testateur peut faire son testament pour lui-même et y instituer un individu déterminé, puis adopter en qualité de fils celui qu'il a institué et lui donner un substitué dans un acte séparé de son testament ; il suffit, en effet, pour la validité de la substitution d'avoir sous sa puissance, au moment où l'on y procède, l'enfant à qui l'on veut donner un héritier ; dans cette hypothèse prévue par Ulpien, loi 2, Ps. *in fine*, D., l. 28, t. 6, on le voit, il y a bien deux testaments parfaitement distincts et partant deux hérédités.

3° Il y a si bien dans la substitution pupillaire deux hérédités distinctes que l'institué qui aurait recueilli l'hérédité du *pater-familias* et qui l'aurait vendue après l'adition, ne sera pas, s'il acquiert ensuite l'hérédité du fils réputé l'avoir vendue au profit du même acquéreur, à moins qu'il n'y ait une clause expresse et contraire dans le contrat. — On trouve au Digeste un texte formel dans ce sens. (Loi 2, § 2, l. 18, t. 4, *de hereditati venditâ*.)

4° Enfin, d'après l'opinion de Julien, confirmée par Térentius Clémens, l'institué qui ne pourra pas recueillir la succession du père parce qu'il n'a pas le *jus capiendi* à son égard, pourra cependant, comme substitué, acquérir les biens propres du pupille exhéredé ou même ceux du pupille institué, pourvu qu'ils ne proviennent pas de l'hérédité paternelle. Dans cette hypothèse, il est bien évident que le substitué n'acquérant que l'hérédité du pupille, cette hérédité ne peut être confondue avec celle du *pater-familias* (1).

L'hypothèse des jurisconsultes que nous venons de

(1) Loi 6. D., l. 28, t. 4.

citer pourrait se présenter dans le cas où le substitué est un *orbis*, allié du fils, sans être l'allié du père. Nous en avons parlé d'ailleurs lorsque nous avons essayé, avec Gaius et Justinien, de démontrer que, si dans le cas de substitution pupillaire il pouvait n'y avoir qu'un testament, il y avait au contraire deux hérités distinctes.

### *Forme de la substitution pupillaire.*

Quant à la forme de la substitution pupillaire, on observe les règles ordinaires en matière d'institution ; on admet seulement une substitution pupillaire tacite, quand le testateur s'est nommé un substitué vulgaire.

Mais ici se place une question très-délicate : La substitution vulgaire expresse emporte, disons-nous, la substitution pupillaire tacite, point de doute à cet égard. Mais en sens inverse, la substitution pupillaire expresse emporte-t-elle la substitution vulgaire tacite ? Pour nous, cette question ne nous paraît pas plus douteuse.

M. Demangeat, tome 1, page 654, nous apprend qu'il arrivait journellement qu'un *pater familias* qui avait sous sa puissance un fils *impubère*, faisait dans son testament une substitution vulgaire et une substitution pupillaire, et qu'il faisait l'une et l'autre en faveur de la même personne. Gaius et Justinien le supposent, nous apprend le savant professeur de la Faculté de droit de Paris, ils nous donnent, en effet, l'exemple d'un testament ainsi conçu : *Titius filius meus hæres mihi esto. Si filius meus hæres mihi non erit, sive hæres erit, et prius moriatur quam in suam tutelam*

*venerit, tunc Seïus hæres esto.* Dans cette hypothèse, si Titius ne vient pas à l'hérédité paternelle, Seïus la recueillera en sa qualité de substitué vulgaire; si le fils, au contraire, survit au père, mais qu'il meure avant d'avoir atteint la puberté, Seïus recueillera encore comme substitué pupillaire.

Or, c'est précisément, nous dit toujours M. Demangeat, parce qu'il était habituel que la même personne fût ainsi substituée à l'impubère, *et vulgariter et pupillariter*, que l'on était arrivé à reconnaître qu'une seule espèce de substitution faite expressément par le père impliquait l'autre. Le jurisconsulte Modestin nous l'apprend dans la loi IV, pr. D., de vulg. et pup. subst. : « *Jam hoc jure utimur ex D. Marci et Veri Constitutione, ut, quum pater impuberi filio in alterum casum substituisset in utrumque casum substituisse intelligatur, sive filius hæres non exstiterit, sive exstiterit et impubes decesserit.* » Au temps de Cicéron, cette question n'était point du tout tranchée et elle donnait lieu à de sérieuses discussions parmi les jurisconsultes. Un *pater familias* avait institué dans son testament un posthume et lui avait donné un substitué pupillaire. Le posthume n'étant pas venu à naître et le père étant mort, on se demandait si le substitué pupillaire donné par le testateur ne devait pas venir à son hérédité comme substitué vulgaire tacite. Crassus plaïda dans cette affaire contre Quintus Scœvola, qui soutenait que ce substitué pupillaire n'avait aucune espèce de droit. *Ego*, dit Crassus, *voluntatem defendebam ac eum tum mente fuisse, qui testamentum fecisset, ut si filius non esset qui in tutelam veniret, Curius esset hæres.*

Poursuivant les formes de la substitution pupillaire, nous pouvons ajouter que le testateur pourrait même, en exhéredant son fils, lui donner un substitué vulgaire; telle est du moins l'opinion de Gaius, commentaire 3, § 182, opinion reproduite par Justinien au paragraphe quatre de notre titre, ce qui nous montre clairement la distinction des deux hérités. Ce cas seulement exige deux remarques particulières : 1° Le testateur doit, dans cette hypothèse, exhéredier son fils suivant les formes du *jus civile* et instituer un héritier avant de procéder à la substitution vulgaire, un changement dans l'ordre des dispositions pourrait amener la nullité du testament paternel, et par suite celle de la substitution pupillaire, ainsi que le fait remarquer Ulpien dans la loi 2, §§ 4, 5 et 6, l. 28, t. 6; 2° au cas d'exhéredation du fils, pour le compte de qui le père a testé, le substitué pupillaire ne peut recueillir dans la succession du pupille que les biens acquis par lui depuis le décès du testateur, et par exemple, par suite de donations ou de legs provenant de libéralités reçues de tiers.

## CHAPITRE II

### OUVERTURE ET EFFETS DE LA SUBSTITUTION PUPILLAIRE

La substitution pupillaire s'ouvre lorsque le testament du père, étant d'ailleurs maintenu, l'enfant devenu *sui juris* à la mort du testateur vient ensuite à mourir *antè pubertatem*; alors le substitué pupillaire

est appelé à recueillir la succession du pupille, et la recueille, en effet, pourvu qu'il ait le *jus capiendi* à son égard. En sa qualité d'héritier, il représente la personne du pupille et par conséquent est tenu des dettes héréditaires; mais si parmi ces dettes se trouvent des *debita* provenant de la succession du testateur, le substitué aura-t-il à cet égard le bénéfice d'abstention comme le pupille institué qui s'était lui-même abstenu? D'après l'ancien système que nous avons exposé et qui ne voit dans le substitué pupillaire qu'un héritier de la succession paternelle, il faut décider la négative, le substitué n'étant pas un héritier sien et ces héritiers ayant seuls le bénéfice d'abstention; c'était là l'opinion de Javolenus et de Julien, que nous retrouvons au Digeste dans la loi 28, l. 42, t. 5, et dans le fragment 42, l. 29, t. 2. Mais cette opinion était repoussée par Marcellus et Ulpien, loi 42 au Digeste, l. 29, t. 2, et par le jurisconsulte Papinien, dans la loi 12, D., l. 28, t. 6. Les compilateurs de Pandectes ont, à tort, laissé subsister dans le recueil de Justinien cette antinomie. M. de Vangerow la juge irréductible (1).

Quoique le substitué soit pour le pupille un véritable institué, il y a un cas remarquable où le substitué ne prend cependant qu'une partie des biens du pupille. Pour se placer dans ce cas, il faut supposer un descendant qui, après avoir reçu de son père naturel (légitime) un substitué pupillaire, a recueilli la succession paternelle, puis s'est donné en adrogation avec les précautions indiquées dans le recueil d'Antonin et que

(1) Voir sur ce point Ducaurroy, tome I, n° 621. Note A.

nous trouvons énumérées dans Gaius, commentaire 1, § 102, et dans les Institutes de Justinien, liv. 1, t. II, § 3. — Notamment, l'adrogeant a promis à un *tabularius* de restituer à qui de droit les biens de l'adrogé en cas de décès de celui-ci *ante pubertatem*; plus tard, l'adrogeant a testé et nommé un substitué pupillaire à l'adrogé qui décède *sui juris* et impubère postérieurement à l'adrogeant.

Le substitué pupillaire nommé par l'adrogeant ne recueille que les biens qui viennent à l'adrogé de l'adrogeant lui-même et qui lui sont advenus à son occasion et même la *quarte Antonine*, d'après l'avis de Scœvola et d'Ulpien, loi 10, § 6. D., liv. 28, t. 6; car, si la loi l'assure à l'adrogé, c'est par conséquence de l'adrogation.

Quant aux biens que l'adrogé avait apportés à l'adrogeant, ce substitué de *Padrogator* est tenu *ex stipulatione* de les restituer à l'individu substitué jadis pupillairement par le père naturel ou à son défaut aux *agnats* de l'adrogé.

Celui qui a plusieurs descendants peut donner un substitué pupillaire à l'un d'eux, ou à quelques-uns, ou à chacun d'eux; dans ce dernier cas, le père entend qu'aucun de ses enfants ne meure sans héritier testamentaire, mais il pourrait aussi, s'il le préférerait, ne donner de substitué qu'à celui de ses enfants qui mourrait le dernier étant encore impubère; ce mode aurait pour effet de maintenir pour tous les autres l'ordre des successions *ab intestat*, loi 47, § 7. D., liv. 28, t. 6.

Si, dans cette hypothèse, tous les descendants venaient à mourir en même temps, cet événement ne

saurait modifier les effets de la volonté du père, et la substitution dans ce cas vaudrait pour tous les cas, où l'on est *novissimus*, mais pas par cela seul qu'on vient le dernier, mais par cette seule circonstance qu'on ne laisse personne après soi.

Le testateur peut choisir pour substitué pupillaire à son descendant tous ceux qu'il pourrait se donner comme héritier à lui-même, mais il n'est pas obligé de faire porter son choix sur les mêmes personnes. En effet, le père, en désignant les substitués, peut, aux termes de la loi 8, § 4, *hoc, tit.* le faire *nominatim* ou d'une manière générale, *quisquis mihi heres erit*; les effets juridiques de la substitution diffèrent d'ailleurs notablement suivant que le testateur a employé l'un ou l'autre de ces deux modes.

Dans le premier cas, le substitué désigné *nominatim*, fût-il en même temps héritier du père, peut négliger cette hérédité et accepter celle du fils, du moins suivant l'opinion de Julien (1) qui s'écartait de l'ancien système d'unité défendu par Nératius (2). En outre, les parts indiquées relativement à l'hérédité du père ne sont pas sensées reproduites à l'égard des substitués pupillaires du fils appelé *nominatim* (3).

Dans le second cas, au contraire, on voyait se produire les deux conséquences opposées; pour que le substitué appelé en la forme *quisquis mihi heres erit*, recueille l'hérédité du fils, il faut qu'il ait été institué héritier du père et qu'il ait recueilli son hérédité, par suite :

(1) Loi 27, § 2, *in fine*. D., l. 36, t. 1.

(2) Loi 59. D., l. 29, t. 2.

(3) *Const.* 41, c., l. 6, t. 26.

1° Si c'est un esclave d'autrui, qu'il soit du moins affranchi plus tard, comme l'hérédité s'attache aux personnes, quand même il ait fait adition par ordre de son maître, il aura satisfait à la condition autant qu'il le pouvait, et il acquerra l'hérédité pour le maître actuel et non pour l'ancien *dominus*. Il l'acquerrait certainement pour lui-même dans le cas où il aurait été affranchi (1).

2° Si un héritier institué par le père accepte sa succession et meurt laissant des héritiers, mais avant la mort du pupille, il ne peut, d'après les jurisconsultes récents, notamment Ulpien, loi 8, § 1, et loi 10 Pr. D., liv. 28, t. 6, et Paul, loi 70, D., liv. 50, t. 16, recueillir la succession du pupille, car il faut être vivant et capable lors de l'ouverture pour être héritier. Au contraire, Nératius, dans la loi 59 déjà citée, admettait l'accroissement rétroactif au profit de l'acceptant, et aussi par voie de conséquence au bénéfice de ses héritiers. — Justinien, par une Constitution rendue en 531, qui forme la loi 20 au Code, liv. 6, t. 30, s'est écarté du système du Digeste, et a approuvé sur ce point particulier la solution proposée par le jurisconsulte Nératius.

3° Enfin, celui qui, étant substitué par le père, a répudié la succession qui lui est offerte, est nécessairement exclu de l'hérédité du fils; c'est là une conséquence directe de la forme employée par le testateur *quisquis mihi heres erit*, qui est confirmée au Digeste (2).

Il est presque inutile d'ajouter que s'il y a plusieurs

(1) Loi 3. D., 28, t. 6.

(2) Loi 34, § 1, l. 28, t. 6.

substitués en la forme *quisquis mihi heres erit*, les parts indiquées dans l'institution sont réputées reproduites dans la substitution, ainsi que l'observe Justinien au § 7 de notre titre dans les termes suivants :  
« *Substituitur autem impuberi aut nominatim, veluti Titius, aut generaliter, ut quisquis mihi heres erit : quibus verbis vocantur ex substitutione, impubere mortuo filio, qui ei scripti sunt heredes et extiterunt, et pro qua parte heredes facti sunt.* »

### CHAPITRE III

#### COMMENT CESSE LA SUBSTITUTION PUPILLAIRE

Indépendamment des causes ordinaires qui peuvent infirmer toute institution d'héritier, la substitution pupillaire peut cesser de cinq manières spéciales que nous allons brièvement énumérer.

1° La substitution pupillaire cesse, conformément au principe du paragraphe 8 de notre titre, aux *Institutes*, quand le pupille ou la pupille arrivent à la puberté ; pourquoi, en effet, avait-on nommé un substitué pupillaire ? Pour donner un héritier au pupille, au cas où il serait mort *ante pubertatem*. La condition de la substitution est donc défaillie lors de l'arrivée à la puberté, et, par suite, la substitution est anéantie. Il aurait pu arriver, d'ailleurs, que le testateur ait voulu établir pour la substitution une durée plus longue ; mais dans cette hypothèse même, la volonté eût

été impuissante, et la substitution devrait être réduite à son terme légal (1).

Le père de famille aurait pu, au contraire, fixer à la substitution un délai plus court et dire, par exemple : « Qu'un tel soit substitué si mon fils meurt avant l'âge de dix ans. » L'échéance de ce terme éteindrait la substitution, conformément à la volonté du père (2).

Cette solution est appliquée en droit français dans l'hypothèse de l'article 1660, relatif au pacte de rachat.

2° Toutes les fois que le testament du père est totalement infirmé *jure civili* et *jure prætorio*, c'est-à-dire ne conserve aucune valeur, celui du fils tombe, car il n'est que l'accessoire, *pars et sequela patris testamenti*.

3° Si le descendant subit une *capitis diminutio* du vivant du testateur, et sort de sa famille, son père naturel n'a pas pu tester valablement pour lui; par conséquent, la substitution vulgaire cesse. Si c'est après la mort du père qu'intervient la *capitis diminutio*, le descendant n'est plus *sui juris*, et, par conséquent, ici apparaît l'extinction de la substitution pupillaire. Mais il ne faut pas oublier que, dans cette hypothèse, au cas où l'impubère *sui juris* se serait donné en adrogation, ses substitués antérieurs devraient ou pourraient avoir droit à la restitution des biens provenant du père naturel; mais ceci serait la conséquence de la promesse faite par l'*adrogator* au *tabularius* de restituer les biens de l'adrogé à ses héritiers, conformément à la Constitution d'Antonin.

(1) Loi 14, D., l. 28, t. 6.

(2) Loi 38, § 1, et loi 43, D., l. 28, t. 6.

Mais ici, toutefois, on peut remarquer que les substitués agissent, non pas en vertu du droit qui découle de la substitution, mais par une action utile *ex stipulatu* (1).

4° Toutes les fois que le testateur meurt *in potestate testatoris*, il n'a jamais été *sui juris*, partant ne peut avoir de testament; la restitution pupillaire tombe donc aussi dans cette hypothèse (2).

5° Enfin, en vertu d'une Constitution rendue en 559, qui forme la loi 10 au Code Justinien, livre 6, titre 58, et qui est due à Théodose II et à Valentinien III, le substitué pupillaire qui, connaissant sa qualité, a laissé passer un an après la mort du testateur sans faire nommer un tuteur au pupille, perd son droit à la succession de ce dernier.

#### De la Substitution exemplaire ou quasi-pupillaire.

Nous n'en dirons que quelques mots. Sous l'Empire, il était arrivé quelquefois que le Prince concédait à un ascendant, par une faveur spéciale, le droit de faire le testament de son descendant pubère, mais frappé de folie ou de mutité; Justinien fit de cette faveur une nouvelle substitution. Par la Constitution 9, au Code, livre 6, titre 56, rendue en 528, il décida que tout ascendant pourrait tester pour son descendant en démence, à l'exemple ou par imitation de la substitution pupillaire, ce qui a fait donner à cet acte, par les interprètes, la dénomination d'*exemplaire* ou de *quasi-pupillaire*. Cette substitution est donc l'image de celle que nous avons étudiée, et c'est par suite de cette similitude que nous avons jugé indispensable d'en dire quelques mots sous forme d'appendice à notre travail sur les substitutions.

La substitution exemplaire diffère, d'ailleurs, de la

(1) Loi 40. D., l. 28, t. 6.

(2) Loi 10. D., l. 49, t. 16.

substitution pupillaire aux trois points suivants :

1° La substitution exemplaire est donnée à un individu pubère en démente, et cesse quand il a recouvré la raison ;

Elle doit avoir lieu au profit de certains parents désignés par la Constitution de Justinien, savoir : en faveur d'un ou de plusieurs des descendants du fou, à leur défaut en faveur des frères, et en dernier lieu seulement en faveur d'*extranei* ;

3° Elle peut émaner de tout ascendant, quel que soit son sexe ou son degré.

*Quid* en cas de concours de plusieurs testaments émanés de divers ascendants de l'insensé? M. Ducaurroy pense qu'ils n'ont pu tester qu'au défaut du père de famille ou que, du moins, en cas de concours, son testament l'emporte (1). D'autres commentateurs croient que chaque substitué prend les biens de l'ascendant qui l'a appelé, et cet avis est défendu par la plupart des interprètes allemands, qui trouvent une quatrième différence avec la substitution pupillaire ; suivant ces jurisconsultes, la substitution exemplaire ne pouvait avoir lieu pour un descendant exhéredé par le testateur ; dans cette opinion, la Constitution 9, au Code, exigerait l'institution de l'insensé, à peine de nullité de forme *ab initio*. Mais le texte paraît seulement avoir voulu rappeler la nécessité de laisser la légitime à l'enfant insensé ; c'est simplement d'une précaution tendant à prévenir une attaque postérieure du testament par la *querela inofficiosi testamenti* que le texte s'est préoccupé ; mais le testament est seulement annulable sur une action dirigée dans le temps et moyennant les conditions requises. Or, cela est vrai aussi au cas de substitution pupillaire ; par suite, cette quatrième différence ne saurait exister.

(1) Ducaurroy, tome 1, n° 629.

# DROIT FRANÇAIS

---

## Du droit des enfants naturels sur les biens de leurs père et mère décédés.

(Art. 756 à 761.)

### INTRODUCTION

A Rome, la base essentielle de la famille est la puissance paternelle, non le lien du sang. Tous ceux qui sont placés sous la puissance du même *pater-familias* ou qui s'y trouveraient placés, si on supposait encore vivant l'auteur commun, composent la famille civile. On les appelait *agnati*.

Les parents par le sang s'appellent *cognats* et ne font pas partie de la famille.

Au point de vue des droits de succession, la loi des Douze-Tables ne tint compte que des liens *agnatiques*. Elle appelle à l'hérédité les *sui* unis directement au

*de cujus* par le lien de puissance, à leur défaut les autres agnats. Quant à la *cognation*, elle ne s'en préoccupe pas. Les *cognats* ne sont pas héritiers.

Dans le système des Douze-Tables, les *liberi naturales*, bien qu'ayant une filiation paternelle certaine, n'eurent aucun droit à la succession de leur père.

Quant à la succession des mères, une situation identique était faite aux *legitimi*, aux *naturales* et aux *spurii*. La mère n'ayant pas la *patria potestas*, n'avait pas d'héritiers siens et ses enfants issus *ex justis nuptiis*, sauf l'hypothèse de *manus*, ou nés du concubinat ou du *stuprum*, n'étant pas agnats, furent exclus de la succession.

Dans cette première période, les enfants naturels n'ont, on le voit, aucun droit à la succession paternelle ou maternelle, ils sont traités comme des étrangers et exclus de la succession *ab intestat*.

La législation plus douce des prêteurs corrigea à certains points de vue la rigueur excessive du Droit quiritaire. L'édit appela les cognats à l'hérédité *ab intestat* comme *bonorum possessores*. A ce titre, les *liberi naturales*, les *spurii* même eurent vocation à l'hérédité maternelle (*Inst. § 4, de Succ. cognat.*), mais la *cognatio* des *liberi naturales* vis-à-vis de leur père ne fut pas prise en considération, et la *bonorum possessio undè cognati* ne leur fut pas accordée.

Sous les règnes d'Antonin et Commode, le sénatus-consulte *Orphitien* vint transformer la *bonorum possessio* des *spurii* et des *liberi naturales*. Déjà le sénatus-consulte *Tertullien* avait appelé la mère, ayant le *jus liberorum*, à l'hérédité légitime de ses enfants,

par réciprocité l'Orphitien accorda aux *spurii* et aux *liberi naturales*, quant à la succession de leur mère, les mêmes droits qu'aux enfants légitimes, et le préteur dut dès lors mettre à leur disposition une *bonorum possessio undè legitimi* au lieu de la *possessio undè cognati* qui leur était d'abord accordée à titre de cognats.

Le système des Nouvelles favorisa, dans une certaine mesure, les *liberi naturales*. En effet, en 537, une Constitution impériale (Nov. 18, c. 5), décida que les enfants naturels issus du concubinat et élevés dans la maison paternelle auraient droit au sixième de la succession de leur père mort *intestat* sans laisser de femme ou de postérité légitime, à la charge par eux d'abandonner à leur mère une part virile. Au cas où le *de cuius* aurait laissé des enfants ou une femme légitime, le *liber naturalis* n'avait droit qu'à des aliments (1).

Quant aux *vulgò quæsitii* qui, vis-à-vis de la mère, étaient traités comme des enfants légitimes, une Constitution insérée au Code, où elle forme la loi 5, l. 6, t. 57, décréta qu'ils ne pourraient rien prendre dans la succession de leur mère *illustris* laissant avec eux des *liberi legitimi*.

Ainsi, dans le dernier état du Droit romain, les *liberati naturales* succèdent à leur mère, comme s'ils étaient légitimes, et prennent dans la succession de leur père un sixième des biens, pourvu que le *de cuius* ne laisse pas d'enfants ou d'époux légitimes.

Notre ancienne jurisprudence se montra trop sévère

(1) Nov. 89. ch. 12. § 6.

à l'égard des enfants naturels. Ils ne font pas partie de la famille, dit-on ; le principe posé, on en déduisit rigoureusement les conséquences et la règle écrite dans l'article 310 de la Coutume d'Orléans, « Enfants bastards ne succèdent, » devint le droit commun de la France.

Sans doute, dans quelques Coutumes, le principe romain primitif fut conservé et les enfants naturels purent succéder à leur mère et à leurs parents maternels ; mais, outre que les exceptions étaient rares, l'application de la règle : *Nul n'est bastard de par sa mère*, était sérieusement contestée, même dans les ressorts où elle était admise. Les enfants naturels ne succédaient donc pas dans notre ancienne législation.

Les dispositions excessives de l'ancien droit contre les enfants naturels devaient fatalement amener une réaction fâcheuse. Elle fut réalisée par les lois des 4 juin 1795 et 12 brumaire an II, qui assimilèrent les enfants naturels aux enfants légitimes et leur accordèrent les mêmes droits de succession.

La loi du 12 brumaire avait d'ailleurs, dans la pensée de ses auteurs, un caractère essentiellement provisoire. Ils supposaient prochaine la rédaction d'un Code de lois civiles et déclarèrent dans l'article 10 qu'à l'égard des enfants dont le père et la mère seraient existants lors de la promulgation du Code, leur état et leurs droits seraient en tous points réglés par ses dispositions. Malheureusement ce ne fut que dix ans plus tard que le Code fut promulgué, et pendant cette période de temps, les dispositions de la loi de brumaire durent être appliquées. La jurisprudence, d'abord incertaine, se fixa promptement, et de nom-

breux arrêts décidèrent que la loi ne devait régir les successions ouvertes dans l'intervalle de sa promulgation à la promulgation du Code civil. C'était là une interprétation un peu prétorienne, sans doute, des dispositions de la loi du 12 brumaire ; mais elle avait le mérite de s'appuyer sur des motifs d'ordre supérieur, le respect et l'honneur dus au mariage et l'intérêt de la famille légitime. Aussi fut-elle formellement consacrée par la loi du 14 floréal an XI qui, dans son article 1<sup>er</sup>, décida que l'état et les droits des enfants nés hors mariage, dont les père et mère seraient morts depuis la promulgation de la loi du 12 brumaire an II, jusqu'à la promulgation des titres du Code civil sur la paternité et la filiation et sur les successions, seraient réglés de la manière prescrite par ces titres.

Grâce à la jurisprudence affirmée par la loi de floréal, les effets fâcheux que devait produire l'application de la loi de brumaire furent donc notablement atténués, et si le législateur de l'an XII n'avait, par un oubli regrettable du principe de non rétroactivité, décidé que les dispositions qu'il édictait devraient être applicables aux successions ouvertes depuis le 14 juillet 1789, on pourrait considérer la loi du 12 brumaire comme une protestation purement platonique contre les rigueurs excessives dont les enfants naturels avaient été l'objet dans notre ancienne législation.

Lorsque le législateur de l'an XII eut à s'occuper des droits des enfants naturels, il se trouva en présence de deux principes, on pourrait dire de deux écueils, créés l'un par l'ancienne jurisprudence, l'autre par le droit intermédiaire. Il les évita soigneusement : il reconnut que s'il était nécessaire d'honorer

le mariage et de favoriser la famille légitime, il serait injuste de traiter trop sévèrement des enfants à qui on ne peut reprocher que le malheur de leur naissance ; il n'admit donc pas le système exclusif de l'ancien Droit, mais il ne voulut pas non plus, et avec raison, attribuer à ceux qui sont issus d'unions illicites ou scandaleuses les droits qui appartiennent aux enfants légitimes. Il concilia sagement les deux anciens principes, et tout en refusant aux enfants naturels la qualité et le titre d'héritiers, exclusivement réservés aux membres de la famille légitime, il les appela à la succession de leurs père et mère et leur attribua dans cette succession une part de ce qu'ils auraient eu, s'ils eussent été légitimes.

Comme le dit M. Demolombe, t. 14, p. 11, les auteurs du Code ont fait en cette matière une sorte de transaction entre le droit ancien et le droit intermédiaire, et en se gardant de l'excès de sévérité avec lequel la législation antérieure à 1793 avait traité les enfants nés hors mariage ; ils ont eu aussi la sagesse de mettre un terme à la scandaleuse indulgence de la législation de l'an II.

*Condition et nature du droit des enfants naturels  
sur les biens de leurs père et mère.*

L'article 756 au Code civil est ainsi conçu : « Les  
« enfants naturels ne sont point héritiers ; la loi ne  
« leur accorde de droit sur les biens de leurs père ou  
« mère décédés que lorsqu'ils ont été légalement re-  
« connus. Elle ne leur accorde aucun droit sur les  
« biens des parents de leurs père ou mère. »

Cet article contient quatre propositions différentes  
que nous allons successivement examiner.

*1° Les enfants naturels ne sont pas héritiers !*

Il importe de déterminer le sens de cette formule  
négative. D'après le projet de l'an VIII, art. 54,  
le droit de l'enfant naturel était une créance fondée  
sur l'obligation naturelle contractée envers lui par ses  
parents. L'héritier légitime succédait à cette obligation  
et devait l'acquitter, mais il pouvait offrir à son créan-  
cier, l'enfant naturel, le montant de sa créance, soit  
en argent, soit en biens-fonds dépendant de la succes-  
sion, selon sa propre volonté.

Plus tard, un projet apportant diverses modifica-  
tions fut présenté au conseil d'État. Le droit de l'en-  
fant naturel y est encore qualifié de créance, mais  
l'héritier n'a plus le droit d'option, et le droit de  
l'enfant est fixé au tiers de la portion héréditaire qu'il  
aurait eue s'il eût été légitime.

Lors de la discussion, et sur une observation de  
Cambacérès, on eut soin d'éviter de qualifier de

créance le droit de l'enfant naturel. On se borna à déclarer qu'il n'était pas héritier et qu'il avait sur les biens de ses père et mère un droit dont la nature est indéterminée par le Code.

Nous n'hésiterons pas à dire, bien que cela soit encore contesté par quelques auteurs, que le droit de l'enfant naturel est un droit réel à une part des biens, un véritable droit héréditaire.

L'article 757 le prouve jusqu'à l'évidence. Que nous dit-il en effet ? Le droit de l'enfant naturel sur les biens de ses père ou mère décédés est réglé ainsi qu'il suit : « Si le père ou la mère a laissé des descendants légitimes, ce droit est d'un tiers de la portion héréditaire que l'enfant naturel aurait eue s'il eût été légitime ; il est de la moitié lorsque les père ou mère ne laissent pas de descendants, mais bien des ascendants ou des frères ou sœurs ; il est des trois quarts lorsque les père ou mère ne laissent ni descendants, ni ascendants, ni frères, ni sœurs. »

Mais si l'enfant naturel eût été légitime, il aurait eu un droit héréditaire, on lui accorde une part de ce droit, tel qu'il se comporte, il a donc un droit héréditaire ; en autres termes, il est héritier pour partie.

Il ne peut d'ailleurs en être autrement : L'enfant naturel n'est pas créancier, cela résulte nettement de la modification apportée au projet par le conseil d'État et de l'article 758, C. ; aux termes de cet article, l'enfant naturel, à défaut de successibles laissés par ses père et mère, a droit à la totalité des biens ; dans cette hypothèse, quel serait son débiteur ? Mais si l'enfant

naturel n'a pas un droit de créance, il est donc nécessairement titulaire d'un droit réel ; l'ouverture de la succession le rend propriétaire d'une partie des biens laissés par ses père et mère ; or, quelle est la nature du droit en vertu duquel une personne vivante devient propriétaire des biens laissés par un défunt ? Il suffit de poser la question pour la résoudre.

Il est vrai que l'article 756 paraît contredire *in terminis* le système que nous proposons, mais il ne faut pas l'entendre à la lettre. On sait que la loi distingue les héritiers légitimes et les successeurs irréguliers ; les premiers ont le bénéfice de la saisine, dont les seconds sont privés ; or le rédacteur du Code, pour protester encore une fois contre l'assimilation exorbitante faite par le droit intermédiaire entre les enfants légitimes et les enfants naturels, a déclaré que ces derniers ne sont pas héritiers ; qu'est-ce à dire ? qu'ils ne sont pas héritiers légitimes, saisis de la succession à leur insu par le fait seul de la mort du *de cuius*, mais ils sont successeurs aux biens, et en cette qualité ils ont un véritable droit héréditaire qui, activement et passivement, doit produire les mêmes effets que le droit des héritiers légitimes.

En résumé, le mot héritier s'emploie dans deux acceptions différentes. Entendu *sensu stricto*, il désigne ceux qui représentent le *de cuius*, succèdent à ses biens et sont saisis par sa mort de son hérédité ; à ce titre, les enfants naturels ne sont pas héritiers, l'art. 756 est formel. Mais le mot *héritier* est souvent employé dans le sens de *successible* et sert dès lors à désigner non-seulement les héritiers légitimes saisis,

mais les simples successeurs irréguliers et, à ce point de vue, on peut dire que l'enfant naturel est héritier, et dès lors, le principe admis, il faut en tirer toutes les conséquences et notamment décider que l'enfant naturel héritier jouira activement et passivement de tous les droits que la loi accorde aux héritiers et dont il n'est pas privé en vertu de textes formels.

Nous n'ignorons pas que quelques rares arrêts ont été rendus dans un sens opposé à notre doctrine et que quelques auteurs la combattent encore aujourd'hui, mais l'opinion que nous venons d'indiquer est si généralement admise par la jurisprudence et la doctrine que nous croyons inutile d'insister.

2° *La loi ne leur accorde de droits sur les biens de leurs père et mère décédés.* Cette deuxième proposition ne présente pas de difficultés sérieuses.

On ne peut, en effet, soutenir que les enfants naturels n'ont pas de droits sur les biens de leurs père ou mère vivants, puisque l'art. 762 décide qu'ils ont droit à des aliments.

On ne peut pas non plus déduire du mot *décédés* employé dans notre article, comme on l'a essayé cependant, que l'enfant naturel ne pouvait exercer son droit que sur les biens existants de la succession et non sur les biens donnés par actes entre vifs ou par testament ; nous avons établi que l'enfant naturel est héritier, et nous pensons qu'en cette qualité il a droit à une réserve et peut demander la réduction des libéralités excessives du *de cuius*, le mot *décédés* a donc été écrit dans notre article pour bien marquer la nature du droit de l'enfant naturel et l'opposer au

droit de créance qui lui était attribué dans le projet du Code modifié par le conseil d'État.

3° *Que lorsqu'ils ont été légalement reconnus.*

Deux questions se posent sur cette troisième proposition : A. Faut-il une reconnaissance *légale* et la reconnaissance *judiciaire* ne suffit-elle pas ? B. A quel moment la reconnaissance doit-elle avoir lieu ?

Chacune de ces deux questions a donné lieu à deux systèmes. Relativement à la première on a dit : la reconnaissance légale résulte de la volonté de celui qui la fait, c'est un aveu en forme solennelle, émané du père ou de la mère, et cet aveu doit nécessairement avoir une force plus grande que la reconnaissance judiciaire ou forcée, qui n'est en définitive autre chose qu'une contestation de paternité. On comprend dès lors très-bien que les effets de la reconnaissance légale soient plus complets et que seule elle puisse conférer des droits de succession à l'enfant naturel, c'est donc à dessein que le législateur s'est servi du mot *légalement* dans l'art. 756 et dans le but déterminé d'exclure de la succession les enfants judiciairement reconnus. D'ailleurs, ajoute-t-on, il est nécessaire d'encourager au bien les enfants issus de l'union illégitime, et l'espoir d'une reconnaissance et des droits qui y sont attachés est certainement de nature à les maintenir dans la bonne voie. Mais si la reconnaissance peut être suppléée par la justice, toute garantie morale est perdue, car les juges devront décider non sur les qualités individuelles mais sur les preuves de la filiation.

Bien que cette opinion ait été soutenue par Merlin,

nous ne croyons pas devoir l'admettre : nous ne contestons pas que les arguments qu'on invoque n'aient une certaine valeur législative, mais la reconnaissance judiciaire est admise par la loi ; peut-on dès lors lui attribuer des effets différents que ceux de la reconnaissance légale ? Telle est, en résumé, la question, et nous croyons devoir y répondre négativement. En effet, sous cette rubrique unique de la section II, liv. 1, tit. 7, C. *De la reconnaissance des enfants naturels*, la loi comprend sous une dénomination commune de reconnaissance les deux modes de preuve de la filiation naturelle, la reconnaissance volontaire et la reconnaissance judiciaire ; d'autre part, l'art. 756 appelle à la succession les enfants naturels légalement reconnus, mais si leur filiation est prouvée conformément à la loi, et cela a lieu dans le cas de reconnaissance judiciaire, ils sont légalement reconnus, et partant ont droit à la succession.

Telle est l'opinion de M. Mourlon, opinion qui du reste, aujourd'hui, est universellement admise. En effet :

1° L'acte qui est *tenu pour reconnu* produit, aux termes de l'art. 1522, le même effet que celui qui est reconnu ; donc l'enfant qui est tenu pour reconnu doit avoir les mêmes droits que l'enfant reconnu.

2° L'art. 338, qui pose le principe que les enfants naturels reconnus succèdent à leurs père ou mère est placé sous cette rubrique : *De la reconnaissance des enfants naturels*. Or le mot *reconnaissance* est ici générique : il comprend tout à la fois la reconnaissance volontaire et la reconnaissance judiciaire. Donc

l'art. 558 s'applique à tous les enfants naturels *volontairement* ou *judiciairement* reconnus.

3° Les mots *légalement reconnus*, employés par l'art. 756, se retrouvent dans d'autres textes, où il est évident qu'ils ont un sens général, notamment dans les art. 158 et 585; donc l'art. 756 est applicable aux enfants *volontairement* ou *judiciairement* reconnus.

4° La reconnaissance volontaire ne présente pas plus de garantie que la reconnaissance judiciaire; car si celle-ci peut être le résultat d'une erreur, la première peut être une adoption imparfaite, déguisée sous l'apparence d'une reconnaissance. La loi, d'ailleurs, tient toujours pour constant le fait dont l'existence a été reconnue par un jugement passé en force de chose jugée.

5° Si la loi eût voulu introduire une distinction aussi fondamentale entre les enfants *volontairement* et les enfants *judiciairement reconnus*, elle n'eût pas manqué de s'en expliquer formellement, ainsi qu'elle l'a fait à l'égard des enfants adultérins ou incestueux. Cette argumentation ne laisse aucune place au doute. La reconnaissance judiciaire produit donc les mêmes effets que la reconnaissance légale.

B. A quel moment la reconnaissance doit-elle avoir lieu? Bien qu'on ait voulu soutenir le contraire, nous pensons que, quelle que soit l'époque de la reconnaissance, les droits de succession de l'enfant naturel n'en subsistent pas moins.

Les partisans du système contraire appuient leur opinion sur le mot *décédés* de l'art. 756. La loi, disent-

ils, accorde des droits de succession aux enfants sur les biens de leurs père et mère *décédés* lorsqu'ils ont été reconnus; il faut donc que les enfants aient été reconnus du vivant du *de cuius*.

L'argument, on le voit, est peu concluant, et ne peut servir de base solide à une théorie d'après laquelle les enfants naturels seraient impuissants à invoquer leurs droits à l'hérédité paternelle en se fondant sur un jugement rendu postérieurement au décès de leur père et constatant leur filiation.

La loi n'indique nulle part une époque passée laquelle l'enfant naturel ne sera plus admis à rechercher sa filiation pour jouir des bénéfices que lui accorde l'article 756; d'ailleurs, est-ce à la reconnaissance, soit volontaire, soit judiciaire que le législateur attache les droits de succession qu'elle confère aux enfants naturels? Evidemment non! c'est un lien qui résulte de la filiation naturelle dont la reconnaissance volontaire est l'aveu formel, et la reconnaissance forcée la constatation judiciaire; or, qu'importe l'époque où la preuve de la filiation sera établie? qu'elle soit administrée avant ou après le décès du *de cuius*, elle n'est pas moins certaine; le fait générateur du droit n'est pas moins certainement démontré, et cela suffit pour que la filiation étant *légalement reconnue*, ainsi que l'exige l'art. 756, l'enfant naturel puisse se prévaloir des dispositions favorables qui lui reconnaissent la qualité de successeur aux biens.

4° La dernière disposition contenue en notre article se justifie d'elle-même et n'est que la conséquence du principe. *Les enfants naturels n'ont aucun droit sur*

*les biens des parents de leurs père et mère.* L'enfant naturel est étranger à la famille de ses père et mère, la reconnaissance, quelle qu'en soit la forme, est pour elle *res inter alios acta*, et à ce point de vue l'enfant naturel ne peut s'en prévaloir contre elle. Elle établit un lien de parenté entre l'enfant et celui qui l'a reconnu, mais le législateur n'a pas voulu, par un motif très sage d'ordre social, que la reconnaissance pût créer des rapports légaux entre l'enfant reconnu et les parents de ses père et mère, et par suite ne lui a pas donné des droits à la succession de ces derniers.

Il est vrai que, dans une hypothèse particulière, le législateur semble avoir oublié le principe qu'il a posé et qu'il appelle les enfants légitimes du père naturel à la succession de l'enfant reconnu (art. 766) mort sans postérité légitime, bien qu'aucun lien de parenté ne les unisse, mais il suffit de lire cet article pour s'assurer qu'il s'agit non pas d'un droit de succession proprement dit, mais d'une sorte de retour légal. Les enfants légitimes du père naturel ne prennent, en effet, dans la succession de l'enfant reconnu, que les biens qui lui ont été donnés par ses père ou mère et qui se retrouvent en nature dans sa succession; or, ce n'est pas en qualité de parents qu'ils ont ce droit de succession anormale, et si le législateur le leur a accordé, c'est qu'il a constaté que la présence des enfants naturels cause un préjudice réel aux enfants légitimes quant à la succession de leurs père et mère, et qu'il a voulu, dans un but d'équité facile à apprécier, compenser ce préjudice en accordant aux enfants légitimes le droit de recueillir dans la succession du

frère naturel des biens qu'ils auraient trouvés dans la succession légitime à défaut de ce dernier.

## II

### *Quotité des droits des enfants naturels. — Règlement du concours entre ces enfants et les divers parents légitimes.*

Lorsque le législateur a accordé des droits héréditaires aux enfants naturels, il est parti de ce double principe : 1° Que la dette alimentaire dont les père et mère sont tenus envers eux de leur vivant ne doit pas cesser à leur décès ; 2° qu'il convient d'honorer le mariage et de le favoriser, que, par suite, il importe de traiter les enfants légitimes plus favorablement que ceux qui sont issus d'unions réprouvées par la loi et la morale. Déduisant les conséquences de ces points de vue divers, le Code a substitué au droit de créance de l'enfant naturel contre ses parents vivants un droit à leur hérédité lorsqu'ils sont décédés, mais quels que soient les parents qu'a le père de son vivant, il n'en est pas moins tenu de la dette alimentaire ; quelle que soit donc la qualité de ses successibles, le droit héréditaire de l'enfant naturel ne devra pas moins exister, il ne sera jamais exclu par la famille légitime et réciproquement il ne pourra jamais l'exclure.

Mais les enfants légitimes devront être plus favorablement traités que lui, et pour satisfaire à cette nécessité morale, le Code lui accordera seulement une portion de la part héréditaire qu'il aurait eue s'il eût été légitime, en augmentant ou diminuant cette portion suivant la qualité des parents successibles avec lesquels il se trouvera en concours. On considérera donc toujours et fictivement l'enfant naturel comme un enfant légitime et on lui attribuera une part de ce qu'il aurait en cette qualité au regard de tel ou tel parent. Sa situation sera donc en tout cas inférieure à celle de l'enfant légitime, et le second principe admis par le législateur sera sauvegardé.

L'étendue des droits des enfants naturels est déterminée au Code dans les articles 757 et 758 qui sont ainsi conçus :

Art. 757. Le droit de l'enfant naturel sur les biens de ses père et mère décédés est réglé ainsi qu'il suit : Si le père ou la mère a laissé des descendants légitimes, ce droit est d'un tiers de la portion héréditaire que l'enfant aurait eue s'il eût été légitime; il est de la moitié lorsque les père ou mère ne laissent pas de descendants, mais bien des ascendants ou des frères ou sœurs; il est des trois quarts lorsque les père ou mère ne laissent ni descendants, ni ascendants, ni frères, ni sœurs.

Art. 758. L'enfant naturel a droit à la totalité des biens lorsque ses père ou mère ne laissent pas de parents au degré successible.

La part de l'enfant naturel est, on le voit, différente suivant que le *de cuius* a laissé à son décès des

enfants légitimes, des ascendants ou frères et sœurs, ou des collatéraux ordinaires ; mais, dans tous les cas, le législateur donne fictivement à l'enfant naturel la qualité d'enfant légitime et lui attribue une part des droits qu'il aurait eus en cette qualité. Le tiers de ce qu'il aurait eu s'il eût été légitime dans la première hypothèse, la moitié dans la seconde, les trois quarts dans la troisième, enfin toute l'hérédité si le défunt ne laisse pas d'héritiers au degré successible.

Nous aurons à rechercher tout à l'heure comment il faut régler les diverses hypothèses de concours entre l'enfant, ou les enfants naturels, et les parents légitimes ; mais avant d'entrer dans l'examen de cette matière délicate, il convient de prendre parti sur une question vivement controversée et qui est cependant la base fondamentale de la réglementation du concours des enfants naturels avec la famille légitime.

L'art. 757 décide que les droits de l'enfant naturel sont du tiers, de la moitié ou des trois quarts de la part qu'il aurait eue s'il eût été légitime suivant que le *de cuius* aura laissé des enfants légitimes, des ascendants ou des collatéraux.

Mais quels sens faut-il donner au mot *laissé* employé dans notre article ? Pour fixer les droits de l'enfant naturel à la succession, devra-t-on tenir compte du fait matériel, l'existence des parents les plus proches laissés par le défunt, ou ne devra-t-on considérer que la qualité de ceux qui sont et demeurent héritiers ?

Cette question est importante, et, en effet, suivant

la solution que l'on aura acceptée, le droit des enfants naturels sera profondément modifié.

On prétend, dans un premier système, que les droits de l'enfant naturel doivent être invariablement réglés eu égard à la qualité des parents laissés par le *de cuius* au jour de son décès, et qu'il importe peu que ces parents soient héritiers. On invoque à l'appui de ce système, deux arguments principaux qui ne nous ont pas paru d'ailleurs devoir entraîner notre adhésion.

Le texte de l'art. 757, dit-on, ne fait pas de distinction; l'enfant naturel a droit au tiers, à la moitié ou aux trois quarts, suivant que le *de cuius* a laissé des enfants légitimes, des ascendants ou des collatéraux, il n'exige nulle part que les parents légitimes soient et demeurent héritiers; c'est donc d'après la qualité des successibles qu'il faut régler les droits de l'enfant naturel, et cela sans distinguer si ces successibles sont ou ne sont pas héritiers. Procéder autrement en présence du texte formel de l'article, serait faire la loi et non pas l'appliquer.

D'ailleurs, ajoute-t-on, le règlement de la part attribuée par l'art. 757 à l'enfant naturel, en concours avec des ascendants ou des frères ou sœurs du défunt, viendrait encore justifier, si besoin était, le bien fondé de notre opinion.

Si l'enfant naturel concourt avec des frères ou sœurs du défunt, il a droit à la moitié de la succession; si, au contraire, les frères ou sœurs étant prédécédés, l'enfant naturel concourt avec leurs descendants, il a droit aux trois quarts; cela ne prouve-t-il pas que le

législateur ne s'attache qu'à la qualité des successibles laissés par le *de cujus*, c'est-à-dire actuellement vivants au moment de son décès. Si le législateur avait voulu régler le concours eu égard à la qualité des héritiers, il aurait admis dans notre hypothèse la théorie de la représentation en faveur des neveux et nièces du *de cujus*; or, il la répudie implicitement dans l'art. 757, c'est donc qu'il ne se préoccupe pas, pour régler la part héréditaire des enfants naturels, de la qualité des héritiers, mais seulement du degré de faveur que méritent, par suite de leur parenté, les successibles, qu'ils soient ou ne soient pas héritiers.

Bien que cette doctrine, enseignée par d'excellents esprits, soit confirmée par des arrêts en assez grand nombre, nous croyons avec M. Demolombe et la majeure partie des auteurs qu'elle ne doit pas être admise.

Le premier argument de nos adversaires repose uniquement sur la portée du mot *laissé* dont s'est servi le législateur dans l'art. 756. Mais dans la matière des successions ce mot n'a pas le sens précis que lui donnent nos adversaires; il y est souvent employé et toujours, comme le dit le savant doyen de la faculté de Caen, dans un sens essentiellement relatif à la succession.

Prenons un premier exemple dans l'art. 746 C. Si le défunt n'a *laissé* ni postérité, ni frères, ni sœurs légitimes ou descendants d'eux, la succession se divise par moitié entre les ascendants de la ligne paternelle et ceux de la ligne maternelle.

Quelqu'un prétendrait-il ici qu'au cas où les enfants

légitimes, les frères et sœurs ou leurs descendants renonceraient à la succession ou en seraient exclus comme indignes, les droits des ascendants de chaque ligne ne seraient pas ouverts? évidemment non! Car, que deviendrait alors la succession? L'art. 746 ne tient donc pas seulement compte de la présence des parents qu'il désigne lors de l'ouverture de l'hérédité, il suppose de plus qu'ils ne renoncent pas à la succession, ou n'en sont pas déclarés indignes, c'est-à-dire qu'ils sont et demeurent héritiers. Pourquoi donc le mot *laissé* aurait-il un sens différent dans l'art. 756.

Il serait aisé de multiplier les exemples et notamment d'invoquer l'art. 767 où le mot *laissé* est encore employé dans le sens relatif que nous venons d'indiquer; mais pour faire tomber le premier argument de nos adversaires, nous pouvons encore présenter deux observations qui, à notre avis, sont décisives.

Les rédacteurs du Code ont attribué une part variable à l'enfant naturel, suivant qu'il concourt avec tels ou tels parents. Cette part est plus faible lorsqu'il vient en concours avec des enfants légitimes que lorsqu'il se trouve en présence d'ascendants; pourquoi cette différence? Parce que le législateur a cru que, selon leur qualité, une part plus ou moins large devait être faite aux parents légitimes. La réduction que souffre l'enfant naturel n'est pas une mesure de défaveur prise contre lui, mais une disposition favorable à la famille; l'art. 758 qui lui donne vocation au tout, à défaut de parents, le prouve jusqu'à l'évidence.

L'enfant légitime pourra retenir à l'enfant naturel, en concours avec lui, les deux tiers de ce que celui-ci

aurait eus s'il eût été légitime ; mais si cet enfant légitime, spécialement favorisé, ne vient pas à l'hérédité, le motif de la loi fait complètement défaut, et les ascendants, qui ne sont favorisés que par une retenue égale à la moitié de la succession, n'ont évidemment pas qualité pour percevoir les deux tiers attribués par le Code aux enfants légitimes successibles privilégiés. L'enfant naturel aura donc droit, dans cette hypothèse, à la moitié de la succession, l'enfant légitime renonçant ou indigne ne comptera pas, puisqu'il ne concourt pas avec lui sur les biens de la succession.

Le système de nos adversaires ne peut d'ailleurs pas être appliqué dans le cas spécial qui est prévu par l'art. 758. L'enfant naturel a droit à la totalité des biens lorsque ses père et mère ne laissent pas des parents au degré successible. Or, si le mot *laissé* s'applique, comme on le dit, aux parents par le fait seul de leur existence au moment du décès, bien qu'ils ne soient pas héritiers, qu'arrivera-t-il si on suppose des parents vivants *laissés* par le *de cuius* mais renonçants ou indignes ? Que deviendra la succession ? Faudra-t-il la donner au conjoint survivant, successeur irrégulier en deuxième ligne ? Mais il n'y a droit que si le *de cuius* n'a pas laissé d'enfant naturel. C'est donc fatalement à l'enfant naturel que la succession devra être attribuée dans notre hypothèse, et cela contrairement au principe posé par nos adversaires.

Le second argument de la doctrine que nous essayons de réfuter ne peut pas être utilement invoqué par nos contradicteurs ; il suppose, en effet, résolue une question qui divise la doctrine et la jurisprudence, celle

de savoir si la représentation des frères et sœurs du *de cuius* est admise en faveur de leurs descendants, dans la théorie de la loi en matière de successions dévolues aux enfants naturels. Les partisans du système opposé affirment que non ; nous essaierons bientôt de démontrer le contraire ; mais, en tout cas, il n'est guère possible de se servir, pour établir une opinion sur ce point controversé, d'une solution tout au moins douteuse sur une question vivement débattue, et à ce point de vue nous n'insisterons pas, nous réservant d'ailleurs de prouver le droit qu'ont les descendants de représenter les frères et sœurs du défunt lorsque nous réglerons leur concours avec les enfants naturels.

§ 1.

*Concours d'un ou de plusieurs enfants naturels avec un ou plusieurs enfants légitimes.*

Si le père ou la mère a laissé des descendants légitimes, nous dit l'art. 757, le droit de l'enfant naturel est d'un tiers de la portion héréditaire que cet enfant aurait eue s'il eût été légitime.

Il n'y a pas la moindre difficulté pour l'application de ce principe, au cas où un seul enfant naturel se trouve en concours avec un seul ou même plusieurs enfants légitimes, et le procédé à suivre est d'une extrême simplicité. On donne fictivement à l'enfant naturel la qualité d'enfant légitime, et on cherche quelle serait sa part en cette qualité. Le *quantum*

ainsi déterminé, on le divise en trois, on attribue un tiers à l'enfant naturel, les deux tiers viennent grossir la part dévolue à l'enfant ou aux enfants légitimes.

Soit une succession de 6,000 francs, un enfant légitime et un enfant naturel : si l'enfant naturel était légitime, la succession se partagerait en deux parts égales, soient 3,000 francs pour chaque enfant. Mais l'enfant naturel n'a droit qu'au tiers de la portion qu'il aurait s'il était légitime ; il aura donc le tiers de 3,000 francs, un sixième de la succession, soient 1,000 francs ; l'enfant légitime prendra les 5,000 francs restant, cinq sixièmes du tout. Soient deux enfants légitimes, un enfant naturel et 9,000 francs à partager, le calcul se fera de la même manière ; traitant *à priori* l'enfant naturel comme s'il était légitime, on divisera la succession en trois parts de 3,000 francs chacune ; l'enfant naturel prendra le tiers de la portion qui lui serait dévolue s'il était légitime, soient 1,000 francs, les deux autres enfants se partageront les 8,000 francs restant dans la succession.

Le calcul se fait de la même manière lorsque l'enfant naturel concourt avec un enfant légitime et les descendants d'un ou de plusieurs enfants légitimes prédécédés, ou seulement avec les descendants d'enfants légitimes, pourvu que ces descendants viennent par représentation.

L'enfant naturel a droit au tiers de ce qu'il aurait eu s'il était légitime ; car, s'il était légitime, le partage aurait eu lieu par souches entre lui et les descendants de ses frères légitimes prédécédés. Bien qu'il soit naturel, il devra avoir lieu de la même manière ; dès

lors chaque groupe de représentants ne sera compté que pour celui qu'il représente; on cherchera la part qui appartiendrait à l'enfant naturel s'il était légitime, et il en prendra le tiers; et, comme dans les hypothèses précédentes, les deux tiers restant seront partagés par souches entre les représentants des enfants légitimes prédécédés.

On le voit, tout ceci est fort simple, mais la difficulté commence, si l'on suppose le concours entre un enfant naturel et les descendants d'un ou de plusieurs enfants prédécédés venant de leur chef à la succession de leur aïeul.

Supposons *Primus*, père de deux enfants légitimes et d'un fils naturel. Les deux fils légitimes de *Primus* renoncent à la succession ou en sont écartés comme indignes, mais chacun laisse des enfants qui viennent de leur chef à la succession de *Primus*. Comment vatt-on partager l'hérédité entre ces petits-fils et l'enfant naturel ?

Pour nous la question ne saurait faire doute. L'enfant dira, en effet : pour le règlement de ma part, on doit me donner fictivement la qualité d'enfant légitime et m'attribuer en concours avec des enfants légitimes le tiers de la portion héréditaire à laquelle j'aurais eu droit en cette qualité. Or, si j'étais enfant légitime, j'exclurais les petits-fils du *de cuius*, héritiers au deuxième degré, puisqu'ils viennent de leur chef, et je prendrais toute l'hérédité; j'ai donc droit à cette portion héréditaire, c'est-à-dire au tiers de la succession totale.

Ce système, généralement accepté, n'est pas uni-

versellement adopté. Ses détracteurs raisonnent de la façon suivante : L'enfant naturel a droit à une portion de ce qu'il aurait eu s'il eût été légitime, dit-on ; l'art. 757 ne suppose donc pas que l'enfant naturel en concours avec des enfants légitimes puisse jamais avoir un droit calculé sur la totalité de la succession.

Cet argument, qui repose sur la lettre de l'art. 757, ne supporte pas un sérieux examen. Le législateur a voulu que l'enfant naturel en concours avec des enfants légitimes ait le tiers de ce qu'il aurait eu s'il avait été légitime ; telle est la pensée qu'il a exprimée dans l'article 757. Il est vrai qu'il s'est servi du mot *portion* qui donne lieu à l'objection spécieuse que l'on nous oppose ; mais s'il a employé ce mot, c'est qu'il supposait, ce qui d'ailleurs arrivera dans la presque universalité des cas, que l'enfant naturel, en concours avec des enfants légitimes, n'aurait droit qu'à une *portion* de l'hérédité, il a statué sur le *plerumque fit* ; mais si, dans quelques hypothèses particulières, et notamment au cas où les enfants légitimes au premier degré renoncent ou sont indignes, le concours a lieu entre l'enfant naturel et des enfants légitimes au deuxième degré, venant de leur propre chef ; le droit de l'enfant ne porte plus sur une portion, mais sur la totalité de la succession ; et, décider autrement, ce serait méconnaître la pensée du législateur.

Dans un autre système, imaginé par Malpel et adopté par M. Vazeille, il faudrait, bien que les petits-enfants vinssent de leur chef, les compter comme s'ils venaient par représentation et traiter l'enfant naturel, par rapport à eux, comme s'il venait en concours avec les repré-

sentés. Ces savants auteurs sont, à notre avis, tombés dans une erreur grave. La loi ne dit, en effet, nulle part que les petits-enfants, venant de leur chef à la succession avec un enfant naturel, seront traités comme s'ils venaient par représentation; et cependant, pour donner une solution si contraire aux principes, il faudrait un texte formel.

D'ailleurs, si on suppose plusieurs enfants légitimes venant à la succession, un enfant légitime renonçant, mais laissant des enfants et un enfant naturel, ce dernier partage la succession avec les enfants au premier rang et profite par droit d'accroissement de la portion laissée vacante par le fils renonçant qui ne peut être représenté; tout le monde est d'accord sur ce point; or, s'il en est ainsi dans cette hypothèse, pourquoi en serait-il autrement dans l'espèce où tous les enfants légitimes ont renoncé?

Jusqu'ici, nous nous sommes occupés du concours d'un seul enfant naturel avec un ou plusieurs enfants légitimes, nous allons maintenant étudier une autre hypothèse qui donne lieu à de sérieuses difficultés; c'est celle du concours entre plusieurs enfants naturels et un ou plusieurs enfants légitimes.

Supposons que *Primus* laisse à son décès deux enfants naturels et un fils légitime; comment devons-nous partager la succession, et quelle part devons-nous attribuer à chacun des enfants naturels?

Dans un premier système, enseigné par la généralité des auteurs, on suit dans cette hypothèse le mode de supputation que nous avons déjà indiqué. On traite d'abord les enfants naturels comme si chacun d'eux

était légitime, et on attribue fictivement à chacun la part qu'il aurait en cette qualité. Ce partage fictif accompli entre tous les enfants simultanément envisagés comme légitimes, on obtient ensuite la portion qui doit revenir réellement à chaque enfant naturel en lui accordant le tiers de la part qui lui était dévolue dans le partage.

Soit, dans l'exemple que nous avons choisi, une succession de 27,000 francs, on supposera d'abord que chacun des deux enfants naturels est légitime. L'hérédité devra donc être partagée en trois portions, soit 9,000 francs pour chaque héritier; cette somme est bien celle à laquelle aurait droit chaque enfant naturel s'il était légitime; mais la loi ne leur accorde que le tiers de cette portion: on prendra donc le tiers de cette somme, et ce tiers sera la part réelle et fictive de chaque enfant naturel. Chacun de ces derniers aura donc 3,000 francs; l'enfant légitime aura droit à 21,000 fr.

L'application de ce mode de répartition admis par la jurisprudence est évidemment très facile. Mais, quoique nous l'adoptions absolument, nous ne nous dissimulons pas la gravité des objections que l'on a faites contre lui.

Ce système est injuste, a-t-on dit, il faut traiter l'enfant naturel en présence d'autres enfants naturels comme s'il était en concours avec des enfants légitimes seulement; et en effet, l'enfant naturel a droit à une portion de ce qu'il aurait s'il était légitime, mais s'il avait cette qualité, il aurait d'abord droit à une quotité déterminée par le nombre d'enfants, puis à une portion du retranchement subi par l'enfant naturel, or on ne lui donne

rien dans la part retenue, on ne le traite pas pour partie comme s'il était légitime, on viole donc le sens de l'article 757, et, contrairement à la volonté du législateur, on fait décroître les droits des enfants naturels d'une façon regrettable, et on sacrifie leurs intérêts à ceux des enfants légitimes.

Dès lors, on a cherché à corriger notre mode de supputation et on a présenté plusieurs modes de calcul. Nous allons les indiquer successivement.

Dans une première opinion, défendue par M. Unterholzner, on est parti de ce principe : L'art. 757 prévoit aussi bien l'hypothèse du concours de plusieurs enfants naturels avec des enfants légitimes, que celle d'un seul enfant naturel avec un ou plusieurs enfants. Le singulier, enfant naturel, qu'on trouve dans l'article y est employé pour le pluriel, mais pour éviter le décroissement fâcheux dont seraient victimes les enfants naturels en concours entre eux et un fils légitime si on les traitait tous et simultanément comme enfants légitimes, il ne faut les assimiler à ces derniers que successivement, de manière à attribuer à chaque enfant naturel le tiers de la part qu'il aurait eue comme enfant légitime en concours avec des enfants naturels.

Ainsi, dans l'hypothèse que nous avons déjà indiquée, si on suppose deux enfants naturels, un enfant légitime et 27,000 francs à partager, l'un des enfants naturels pourrait dire : Si j'étais légitime et que je me trouvasse en concours avec un autre enfant légitime et un enfant naturel, ce dernier n'aurait droit qu'à un neuvième de l'hérédité, soit 3,000 francs ; il resterait donc 24,000 francs à partager entre moi et mon frère

légitime, ce qui donnerait 12,000 francs à chacun de nous. Il me revient donc en réalité le tiers de 12,000 francs, soit 4,000 francs. Le deuxième enfant naturel tiendrait ensuite le même langage et prendrait encore 4,000 francs, la part de l'enfant légitime serait donc de 19,000 francs et non de 21,000 francs, comme dans l'opinion que nous avons acceptée.

M. Marcadé, qui repousse ce système, le combat par l'absurdité de ses conséquences dans certains cas ; supposez, dit-il, deux enfants naturels, un cousin et 24,000 francs. Le premier enfant naturel dirait : il me faut les trois quarts de ce que j'aurais si j'étais légitime, mon frère naturel viendrait prendre le tiers d'une moitié, c'est-à-dire 4,000 francs, et moi j'aurais le reste, c'est-à-dire 20,000 francs ; mais puisque j'aurais alors 20,000 francs, c'est donc les trois quarts de ces 20,000 francs qu'il me faut, c'est-à-dire 15,000. — Le second enfant naturel ferait le même raisonnement et trouverait qu'il lui faut 15,000 francs aussi, en sorte que, sur une succession de 24,000 francs, il en faudrait 30,000, c'est-à-dire *plus* que le *tout*, aux deux enfants naturels et le cousin aurait... 6,000 francs à payer de sa poche !

Nous ne pouvons pas admettre ce mode d'argumentation, et nous pensons que M. Marcadé a dépassé le but sans l'atteindre. Il a voulu être trop probant et ne l'a pas été du tout. En effet, il s'agit ici de régler le concours de plusieurs enfants naturels avec un ou plusieurs enfants légitimes ; or, M. Marcadé combat le mode de calcul proposé par M. Unterholzner pour ce cas spécial, en l'appliquant à un autre pour lequel il n'est pas imaginé : celui du concours de plusieurs enfants naturels

avec un collatéral ordinaire. Dans cette dernière hypothèse, les enfants naturels, quel que soit leur nombre, ont droit aux trois quarts de l'hérédité, et n'ont droit qu'aux trois quarts. Le système de M. Unterholzner n'a rien à faire ici, et on ne peut donc pas le repousser dans le cas spécial pour lequel son auteur l'a créé, en indiquant les conséquences fâcheuses qu'il produirait si on l'appliquait en dehors de l'hypothèse qu'il est appelé à régler.

Le vice de ce système consiste d'abord en ce que chaque enfant naturel suppose pour déterminer sa propre part que celle de son frère naturel est déjà fixée, alors qu'elle ne l'est pas encore, et finit par réclamer une part supérieure à celle qu'il lui attribue fictivement, quoique les enfants naturels aient tous des droits égaux. Enfin, dans ce mode de supputation, s'il existe plus de trois enfants naturels en concours avec un enfant légitime, leur part dépasse celle qui est recueillie par ce dernier, c'est-à-dire est supérieure à la moitié de l'hérédité. Ce résultat n'est pas admissible : lorsque les enfants naturels concourent en effet avec des ascendants ou des frères ou sœurs du défunt, ils ne peuvent, quel que soit leur nombre, prendre que la moitié de la succession, il est évidemment impossible qu'ils soient plus favorablement traités lorsqu'ils concourent avec des enfants légitimes dont la condition paraît au législateur devoir mériter plus d'intérêt.

Dans une autre opinion, que nous croyons également inadmissible, on a pris un point de départ différent : ses partisans soutiennent que l'article 757 n'a pas prévu l'hypothèse du concours de plusieurs enfants naturels

avec les enfants légitimes, que dès lors il appartient à la doctrine de la régler. Ceci dit, voici comment ils argumentent : Si un enfant naturel a droit au tiers de la portion d'un enfant légitime, deux enfants naturels auront droit aux deux tiers de cette portion, et trois enfants naturels devront prendre ensemble autant qu'un enfant légitime. Ainsi, en appliquant ce mode de supputation à l'espèce indiquée au texte, on dirait : une hérédité de 27,000 francs à laquelle seraient appelés un enfant légitime et trois enfants naturels, se partagerait en deux parts égales : l'une de 13,500 francs pour l'enfant légitime, l'autre de 13,500 francs pour les enfants naturels, ce qui donnerait à chacun de ces derniers 4,500 francs. Mais comme il n'y a réellement que deux enfants naturels, la part qui serait revenue au troisième reste à l'enfant légitime qui obtiendra ainsi 18,000 fr. Ce mode de supputation est tout à fait inconciliable avec le texte de l'article 757, qui attribue à l'enfant naturel non le tiers de la part d'un enfant légitime, mais le tiers de la part qu'il aurait eue lui-même s'il eût été légitime, ce qui est bien différent. En effet, l'enfant naturel qui se trouve en concours avec un enfant légitime pour partager une hérédité de 6,000 francs, par exemple, n'a droit qu'au tiers de la moitié qu'il aurait obtenue s'il eût été légitime. Sa portion n'est donc que d'un sixième de l'hérédité ou de 1,000 francs ; et les cinq sixièmes de celle-ci, ou les 5,000 francs restants reviennent à l'enfant légitime. La part de l'enfant naturel n'est donc pas du tiers de la portion revenant à l'enfant légitime (1).

(1) Aubry et Rau, tom. V, pag. 104.

Ce qui prouve, d'ailleurs, la fausseté du système que nous combattons, c'est que, comme dans celui d'Unterholzner, six enfants naturels en concours avec un enfant légitime prendront à celui-ci plus de la moitié de la succession, bien que cela soit impossible, ainsi que nous l'avons indiqué.

Enfin, un nouveau mode de répartition a été proposé, il y quelques années, par M. Gros, avocat à Lyon, et accepté par des jurisconsultes dont l'autorité est imposante notamment, croyons-nous, par M. Valette. Ce système judicieux qui, à notre avis, devrait être sérieusement examiné s'il s'agissait de refaire l'art. 757, ne nous semble pas devoir être admis plus que les deux qui précèdent, et cela pour le même motif, c'est qu'on arrive, en l'adoptant à attribuer à un certain nombre d'enfants naturels une part plus grande que la moitié de la succession, ce qui est certainement contraire à la pensée du législateur.

Partant du principe que l'article 757 ne vise qu'une seule hypothèse, celle du concours d'un seul enfant naturel avec un ou plusieurs enfants légitimes, voici comment M. Gros pose les bases de son système de répartition.

Il faut, dit-il, partir du cas le plus simple, celui qui se présente surtout à la pensée du rédacteur du Code, et examiner quelle est la situation faite à un seul enfant naturel en présence d'un seul enfant légitime. Prenons pour exemple une succession de 6,000 francs, un enfant légitime et un enfant naturel. Ce dernier aura 1,000 francs, l'enfant légitime en aura 5,000. Le rapport qui existe entre la part de l'enfant naturel et celle

de l'enfant légitime est donc comme de un à cinq, et ceci dans le cas spécialement prévu par la loi. Or, dans les cas non prévus au Code, il faut procéder par analogie, et dès lors un mode particulier de calcul s'impose ; quel que soit le nombre des enfants naturels, il faut maintenir le rapport établi par l'article 757 et donner à chacun des enfants naturels une part qui soit, eu égard à celle de l'enfant légitime, comme de un à cinq. Soient, par exemple, deux enfants naturels et un enfant légitime : on divisera la succession en sept parties ; chacun des enfants naturels en prendra une, l'enfant légitime en aura cinq. S'il y a trois enfants naturels, on fera huit parts de la succession, cinq pour l'enfant légitime, une pour chaque enfant naturel, et ainsi de suite, et le rapport de un à cinq sera toujours maintenu. En résumé, le système de M. Gros consiste à attribuer à l'enfant légitime, quel que soit le nombre des enfants naturels, une part cinq fois plus forte que celle que prendront chacun de ces derniers.

Ce règlement ingénieux du concours de plusieurs enfants naturels avec un enfant légitime est encore irréprochable, si l'on suppose quatre enfants naturels et un enfant légitime ; mais si l'on dépasse ce nombre, on voit qu'il viole manifestement la loi. Si, par exemple, on suppose cinq enfants naturels et un enfant légitime, il faut diviser la succession en dix parties ; l'enfant légitime prend cinq dixièmes, les enfants naturels réunis ont cinq dixièmes aussi, c'est-à-dire moitié de la succession, ce qui ne peut avoir lieu que lorsqu'ils sont en présence d'un ascendant ou de frères ou sœurs. S'il y a six enfants naturels on fera la division en onze frac-

tions, cinq onzièmes seront attribués à l'enfant légitime, les enfants naturels auront six onzièmes, c'est-à-dire plus de la moitié de la succession, ce qui n'est possible qu'au cas de concours avec des collatéraux ordinaires. Il suffit d'indiquer les conséquences inacceptables de l'ingénieuse conception de M. Gros pour que son opinion soit rejetée.

Il ne nous restera donc que le système que nous avons indiqué en première ligne et auquel nous nous rallions, parce qu'il nous paraît être celui qui, seul, était dans la pensée des rédacteurs du Code civil, ainsi qu'il sera facile de le démontrer.

L'article 757 prévoit aussi bien le cas de concours entre un enfant naturel et un enfant légitime que l'hypothèse où plusieurs enfants naturels se trouvent en présence d'un ou de plusieurs enfants issus du mariage. Sans doute, cet article emploie les mots *enfant naturel* au singulier, mais il ne faut pas les prendre à la lettre, et il est, au contraire, certain qu'il faut les entendre dans la disposition de notre article comme s'ils étaient écrits au pluriel.

La rubrique du titre des droits des *enfants naturels* en fournit une première preuve, mais la deuxième partie de l'art. 757 démontre, jusqu'à l'évidence, la vérité de notre affirmation. La part de l'enfant naturel sera de moitié s'il concourt avec des ascendants ou frères ou sœurs, des trois quarts s'il concourt avec des collatéraux. Les mêmes mots *enfant naturel* sont encore au singulier dans ces dernières hypothèses, et cependant personne, pas même nos contradicteurs, ne doute que le législateur ait ici prévu le cas de concours d'un ou

plusieurs enfants avec des ascendants ou des collatéraux, et cela résulte nettement d'ailleurs des travaux préparatoires. Or, si l'article 757 prévoit le concours de plusieurs enfants naturels dans ces deux dernières dispositions, peut-on sérieusement soutenir qu'il n'a pas prévu ce concours dans la première? Évidemment non! Dès lors, il faut, pour obéir à la loi, considérer tous les enfants naturels comme s'ils étaient légitimes, et cela simultanément, et attribuer à chacun d'eux le tiers de la portion qu'il aurait eue en cette qualité.

Nous n'ignorons pas, nous l'avons déjà dit, les résultats fâcheux de l'adoption de notre système au cas où le nombre des enfants augmente, mais c'est le système de la loi, et les critiques qu'on lui adresse sont des critiques qu'en définitive on adresse au législateur.

## § 2.

### *Concours d'enfants naturels avec des ascendants ou frères et sœurs du défunt.*

Le concours des enfants naturels avec des ascendants ou des frères et sœurs ne peut, dans la plupart des cas, présenter aucune difficulté; l'art. 757 décide que la part de l'enfant naturel est de la moitié de ce qu'il aurait eu, s'il était légitime, lorsque le père a laissé des ascendants ou des frères et sœurs. Or, dans ces diverses hypothèses, l'enfant naturel, s'il eût été légitime, aurait pris toute la succession, il aura donc droit, en sa qualité, à la moitié de l'hérédité. Ici pas de calcul pour

la fixation de la quotité qui lui est accordée. La pensée du législateur se dégage nettement du texte de notre article, ce n'est pas un droit établi sur une portion de portion qui est attribuée à l'enfant naturel comme lorsqu'il se trouve en présence d'enfants légitimes, c'est sur la totalité que doit se calculer le droit de l'enfant naturel, puisqu'il doit recueillir une part de ce qu'il aurait eu s'il eût été légitime.

Il n'y a d'ailleurs pas à distinguer, dans cette hypothèse, si le *de cuius* a laissé plusieurs enfants ou un seul, s'il existe un seul ascendant, un seul frère ou un plus grand nombre; dans tous les cas, le partage s'opère de la même manière, une moitié de la succession est attribuée aux enfants quel que soit leur nombre, l'autre moitié est dévolue aux ascendants ou aux frères ou sœurs, qu'il y en ait un seul ou qu'il y en ait plusieurs. Ce système de fente de la succession, imaginé par le législateur, n'est certainement pas parfait et peut, dans des circonstances nombreuses, donner naissance à de choquantes inégalités. Si nous supposons, en effet, dix enfants naturels et un ascendant en présence, ce dernier aura dix vingtièmes de la succession, chaque enfant naturel aura dix fois moins que lui, c'est-à-dire un vingtième seulement. Le même résultat peut se produire en un sens inverse, et dans les deux cas, on le voit, il sera également regrettable; mais il ne faut pas oublier que les rédacteurs du Code ont édifié, en ce qui concerne les droits attachés à la filiation naturelle, une législation *à priori*. Ils ne pouvaient pas, en cette matière, comme dans le plus grand nombre de celles qu'ils ont traitées, consulter les précédents législatifs, se ser-

vir des ouvrages des grands jurisconsultes anciens ; il n'y a donc pas lieu de s'étonner des imperfections qui résultent des articles de notre section et qui ont disparu dans la plupart des législations récentes qui ont pris pour point de départ notre Code civil, et notamment dans le nouveau Code promulgué il y a quelques années à Haïti.

Si l'enfant naturel concourt avec des frères ou sœurs et les descendants d'un frère prédécédé, le partage s'opérera de la même sorte. Tout le monde est d'accord sur ce point, et il ne saurait en être autrement : la succession légitime est, en effet, ouverte au profit des frères ou sœurs ; or, les descendants de frères ou sœurs jouissent du bénéfice de la représentation, et il est évident que la présence d'un enfant naturel ne peut pas modifier, à l'égard de la famille du défunt, les règles admises par le Code en matière de succession légitime.

Mais si nous supposons qu'à défaut d'ascendants et de frères ou sœurs, l'enfant naturel se trouve en présence de neveux ou nièces légitimes du *de cujus*, quelle sera la part que nous devons lui attribuer ? Aura-t-il droit à la moitié de la succession comme dans les hypothèses précédentes, ou bien pourra-t-il réclamer les trois quarts, comme dans le cas, où il concourt avec des collatéraux ?

Cette question est vivement controversée, elle a divisé les premiers commentateurs du Code, et deux opinions opposées sont encore énergiquement soutenues dans la doctrine.

Dans un premier système, enseigné d'abord par Grenier, suivi par Troplong, Malpel, Vazeille, et

adopté, depuis 1813, par une jurisprudence à peu près constante, on soutient que l'enfant naturel, en concours avec des neveux ou nièces, a droit aux trois quarts de la succession comme s'il arrivait à l'hérédité avec des collatéraux ordinaires.

Cette opinion s'appuie d'abord sur le texte formel de l'art. 757; aux termes de cet article, l'enfant naturel a droit aux trois quarts de l'hérédité lorsque les père et mère ne laissent *ni ascendants, ni descendants, ni frères, ni sœurs*; l'article n'ajoute pas *ni neveux, ni nièces*; leur présence ne fait donc point obstacle au droit aux trois quarts de l'enfant naturel. Ce n'est d'ailleurs pas par oubli que le législateur n'a pas parlé des neveux ou nièces; d'après l'esprit de la loi, la part de l'enfant naturel est plus ou moins considérable suivant la qualité des parents qu'il laisse à son décès. S'il concourt avec des descendants, quel que soit leur degré, la loi lui attribue un tiers de ce qu'il aurait eu s'il eût été légitime; s'il vient avec des ascendants sans distinction, il prend moitié de la succession, et le législateur lui concède un droit identique en présence des frères ou sœurs collatéraux du défunt au deuxième degré, qu'elle entend favoriser à raison de l'étroite parenté qui les unit au *de cuius*. Mais les neveux ou nièces sont des collatéraux plus éloignés d'un degré que les frères ou sœurs, et on comprend, dès lors, que le législateur n'ait pas cru devoir les favoriser à l'égal de ces derniers.

Sans doute, ajoutent les défenseurs de cette opinion, on peut nous opposer les travaux préparatoires du Code, et, d'autre part, nous observer qu'aux termes de

l'art. 742, en ligne collatérale, la représentation est admise en faveur des descendants de frères et sœurs; bien plus, que par application du principe posé dans les articles 748, 749 et 750, les descendants des frères et sœurs ont les mêmes droits héréditaires que leurs ascendants, et cela même lorsqu'ils viennent de leur chef sans le secours de la représentation. A ceci nous pouvons répondre victorieusement que, quelles que soient les opinions émises par les membres du Conseil d'État, lors de la révision du projet du Code, elles ne peuvent suffire pour modifier l'application d'un texte net et précis; qu'enfin, s'il est certain que la représentation est admise pour les descendants de frères et sœurs, et que ces descendants ont les mêmes droits que les collatéraux au deuxième degré, et ce de leur chef personnel, cela n'est vrai que lorsqu'il s'agit de successions légitimes; or la succession des enfants naturels a des règles particulières écrites dans un chapitre particulier, et on ne peut pas, pour cette succession irrégulière, invoquer les règles ordinaires que pose, pour les successions légitimes, un chapitre précédent (1).

Bien que le système que nous venons d'exposer ait pour lui l'autorité des arrêts et repose sur un texte formel de la loi, il en viole, à notre avis, manifestement l'esprit, et nous ne croyons pas devoir l'accepter. Nous pensons, au contraire, avec Merlin, Delvincourt, Toullier, Duranton, Aubry et Rau, Demolombe

(1) Cassation, 6 avril 1813, 20 février 1823, 28 mars 1833, 13 janvier 1862.

et Marcadé, que les neveux ou nièces sont compris dans l'art. 757 sous la dénomination générale de frères et sœurs, et que l'enfant naturel, en concours avec eux, n'a droit qu'à la moitié de la succession.

Pour nous, et quoi qu'en veuille dire la doctrine qu'on nous oppose, l'intention du législateur se déduit clairement des discussions qui ont eu lieu lors de la rédaction de notre titre, et il convient d'en tenir compte, si l'on ne veut s'exposer à abuser du texte de la loi en l'appliquant judaïquement.

L'art. 757, d'après sa rédaction primitive, accordait à l'enfant naturel, en concours avec des descendants, un tiers de la portion à laquelle il aurait eu droit s'il eût été légitime, puis décidait qu'il aurait la moitié lorsque les père et mère ne laisseraient pas de descendants, mais bien des ascendants, et les trois quarts lorsqu'ils ne laisseraient ni descendants ni ascendants. — Aux termes de l'art. 43 du projet devenu notre art. 757, les droits des enfants naturels variaient donc suivant qu'ils étaient en présence d'héritiers en ligne directe, ascendants ou descendants, et de collatéraux sans distinction. Mais M. de Malleville fit observer que l'article ainsi rédigé, était en contradiction manifeste avec les principes généraux en matière de successions légitimes. Les frères et sœurs sont, en effet, disait-il, des collatéraux privilégiés, préférés à ce titre aux ascendants ordinaires, et les excluant de la succession légitime; il serait donc injuste de leur préférer les ascendants dans l'hypothèse prévue par l'art. 43.

Sur cette observation judicieuse, le consul Cambacérès proposa une rédaction nouvelle et il fut décidé

que l'enfant naturel en concours avec des ascendants ou des frères et sœurs aurait la moitié de la succession. La modification apportée à l'art. 757 eut donc un but unique parfaitement déterminé, celui d'en faire concorder les dispositions avec la préférence accordée aux frères et sœurs sur les ascendants dans les successions régulières. Mais cette concordance n'existerait pas, et, comme le disent MM. Aubry et Rau, ce serait se mettre en contradiction manifeste avec le but que le législateur a voulu atteindre que de refuser aux descendants de frère et sœur le droit de réduire par leur présence l'enfant naturel à la moitié de l'hérédité, quoique ce droit soit accordé aux ascendants qui, dans l'ordre des successions régulières, se trouvent exclus par ces descendants.

Il est bien vrai que l'art. 757 ne parle que de frères et sœurs et non de leurs descendants; mais ce n'est pas, comme on le prétend dans l'opinion contraire, dans un esprit d'exclusion, mais parce que le législateur a vu qu'il était inutile de revenir sur une assimilation qui avait déjà été établie à diverses reprises. En vain on objecterait que les descendants de frères et sœurs ne peuvent pas se prévaloir des dispositions contenues dans les titres qui précèdent et qui sont relatifs aux successions légitimes, alors qu'il est ici question de successions irrégulières; à ceci nous répondrions, avec M. Marcadé, que la décision de nos contradicteurs repose sur une confusion manifeste. En effet, lorsqu'une succession est ouverte et qu'elle est simultanément dévolue à des successeurs irréguliers, on ne peut pas dire que la succession est irrégulière; elle est mixte

dans cette hypothèse : régulière en ce qui concerne les héritiers légitimes, irrégulière au regard des autres. Eu égard aux héritiers réguliers, il faut donc appliquer les règles des successions légitimes, bien qu'elles ne soient pas rappelées dans notre section. Cette théorie est d'ailleurs généralement admise, même par nos adversaires, et, par exemple, dans le cas où le défunt a laissé un enfant naturel, un enfant légitime et deux enfants issus d'un fils prédécédé. Tout le monde reconnaît que les petits-fils doivent venir par représentation de leur père ; or, ce n'est évidemment pas en vertu de dispositions écrites dans notre titre que ce droit leur est accordé, car notre section est complètement étrangère à cette matière ; c'est par suite des règles édictées dans une section précédente, articles 740 et 743, relativement aux successions légitimes, car il s'agit ici de régler les droits héréditaires de successeurs réguliers.

Ainsi donc, bien qu'un ou plusieurs enfants naturels viennent recueillir une part de l'hérédité, la succession n'est pas moins régulière pour les héritiers légitimes, et on ne voit pas pourquoi on n'appliquerait pas dans tous les cas, comme dans l'espèce précédente, le principe admis dans la section I du chapitre III, au titre *des Successions*.

Cela étant, aux termes de l'art. 750 qui détermine les droits des descendants de frères et sœurs, ceux-ci sont traités de la même manière que les frères et sœurs eux-mêmes, et cela aussi bien lorsqu'ils viennent par représentation ; en conséquence, il faudra toujours et partout, alors même que la loi ne prendrait pas la peine de le répéter, faire pour les neveux et nièces ce

que l'on ferait pour les frères et sœurs. L'art. 752 contient une omission analogue à celle qui, dans l'art. 757, donne lieu à la discussion qui nous occupe; et cependant personne ne doute que, même dans le cas prévu, les neveux et nièces doivent être traités comme les frères et sœurs dont ils sont issus : pourquoi donc en serait-il autrement dans notre espèce, alors que la présence des enfants naturels ne peut changer le caractère de la succession légitime ouverte au profit des héritiers réguliers ?

Quant à l'argument qu'invoquent nos adversaires et qui consiste à dire que, si le législateur ne veut pas assimiler les neveux ou nièces aux frères et sœurs, c'est qu'il entend favoriser ces derniers parce qu'ils sont plus rapprochés du *de cuius* en leur qualité de parents au deuxième degré que les neveux qui sont au troisième, il ne nous paraît pas devoir être pris en considération. Lorsqu'il s'agit, en effet, de régler la dévolution de l'hérédité d'un défunt, le législateur ne se préoccupe pas du degré de parenté qui existait entre lui et les parents qu'il laisse à son décès, mais seulement de la qualité et du degré de faveur que méritent ces successibles. C'est par application de cette idée que la loi distingue trois catégories ou ordres d'héritiers. Dans la première classe sont les descendants légitimes plus favorables que les autres à tous les points de vue; dans la seconde, mieux traitée que la troisième, sont rangés les ascendants privilégiés, les frères et sœurs et leurs descendants; dans la troisième viennent les ascendants ordinaires plus favorisés que les héritiers de la quatrième classe qui comprend les collatéraux. Or,

nous l'avons déjà dit, la loi, en attribuant aux enfants naturels une part plus ou moins grande de l'hérédité, se fonde sur la plus ou moins grande faveur due aux héritiers légitimes suivant leur ordre. — Lorsqu'il y a concours avec des héritiers de premier ordre, des descendants, la part de l'enfant est du tiers de ce qu'il aurait eu s'il eût été légitime : celui-ci vient-il avec des ascendants ou des frères et sœurs héritiers du deuxième ordre, ou même avec des ascendants ordinaires, héritiers du troisième, sa part est de moitié ; comment pourrait-il se faire qu'elle augmentât et devînt des trois quarts, au cas où l'héritier irrégulier arriverait à l'hérédité avec des neveux ou nièces, héritiers du second ordre, toujours préférés aux héritiers du troisième, c'est-à-dire aux ascendants ordinaires !

Nous n'insisterons pas davantage et nous nous bornerons, pour en finir avec cette controverse, à constater avec M. Demolombe, les inconséquences du système contraire. Que l'on suppose, en effet, dit le savant jurisconsulte, le *de cujus* laissant un enfant naturel, un aïeul et un neveu, quelle sera la part de l'enfant naturel ? Des trois quarts ? Mais cela est impossible, car il y a un ascendant. De la moitié ? Mais voilà que le neveu a la moitié tout entière à l'exclusion de l'aïeul ; de telle sorte que l'aïeul produit seul une réduction dont il ne peut pas profiter, tandis que le neveu profite seul d'une réduction qu'il n'aurait pu produire.

Etudions maintenant l'hypothèse où l'enfant naturel se trouve en même temps en concours avec des ascendants dans une ligne et des collatéraux ordi-

naires dans l'autre, et voyons quelle part il faudra lui accorder. Malgré l'opinion contraire, soutenue par Delvincourt, Toullier et Marcadé, qui ne paraît même pas supposer que son système puisse être sérieusement discuté, nous croyons que l'enfant naturel aura seulement droit à la moitié de la succession.

En faveur de cette doctrine, nous argumenterons du texte formel de la loi. L'art. 757 nous dit, en effet, que si le *de cuius* laisse des ascendants, les droits de l'enfant naturel sont de la moitié de la succession ; or, dans notre espèce, le *de cuius* a laissé des ascendants ; donc l'enfant naturel n'a droit qu'à la moitié de la succession ; peu importe d'ailleurs qu'il y ait des ascendants dans une seule ligne ou dans les deux, la loi ne fait aucune distinction. Ce que veut le législateur, c'est que la succession soit divisée en deux portions : l'une pour la famille légitime, l'autre pour la famille naturelle, et que la part afférente à ces derniers soit déterminée suivant la qualité des héritiers laissés par le *de cuius*. Cette division effectuée, la portion attribuée à la famille légitime sera distribuée entre elle conformément aux règles admises en matière de succession régulière.

Si dans une ligne se trouve un ascendant, et dans l'autre des collatéraux ordinaires, le *quantum* de la succession légitime étant fixé, par la présence de cet ascendant, à la moitié, cette part se divisera entre les deux lignes, chacune aura droit à un quart du tout. Quant à l'enfant naturel, il gardera l'autre moitié et n'aura rien à réclamer de plus. La présence de collatéraux dans une ligne ne peut ni lui profiter ni lui

nuire, car pour lui, successeur irrégulier, il ne peut être question de *ligne* paternelle ou maternelle; il y est absolument étranger, et la sorte de fente qu'il occasionne par sa présence, a seulement pour objet de le séparer de la famille légitime sans lui permettre jamais de s'y introduire pour exciper de droits prétendus sur une ligne et de droits différents sur l'autre. Ce système peut paraître fâcheux, sans doute, car il a pour résultat de faire bénéficier les collatéraux ordinaires d'une ligne de la présence d'un ascendant dans l'autre; mais, comme le font observer avec raison MM. Aubry et Rau, il n'est pas rare qu'une personne obtienne par le moyen d'un tiers, avec lequel elle se trouve en concours, des avantages qu'elle n'eût point été admise à réclamer de son propre chef; d'ailleurs, ce système est celui de la loi, et quelles que soient les critiques qu'il mérite, il ne faut pas moins l'appliquer.

Dans l'opinion contraire, on prétend que si l'enfant naturel se trouvait en concours tout à la fois avec des parents ascendants dans une ligne et des collatéraux ordinaires dans l'autre, il aurait droit à la moitié dans la première ligne et aux trois quarts dans l'autre.

Nous laissons ici la parole à M. Marcadé qui a soutenu cette seconde opinion avec la verve et le talent dont il fait toujours preuve dans ses argumentations.

Le seul élément de décision qu'on puisse invoquer ici contre l'enfant naturel, c'est le texte de notre article qui déclare que l'enfant n'aura que moitié quand le défunt *laisse des ascendants*. Mais les principes de la matière ne permettent pas de prendre

ces paroles au pied de la lettre... Si, par exemple, les ascendants renonçaient ou se trouvaient indignes et que la succession passât en entier à un cousin, n'est-il pas clair que l'enfant aurait les trois quarts, quoique le défunt laissât des ascendants? L'article signifie donc que l'enfant aura moitié, si la succession est prise par des ascendants, et trois quarts, si elle est prise par des collatéraux. Or, maintenant nous avons vu, sous l'art. 753, que toute succession échue au troisième et quatrième ordre d'héritiers (ascendants ou collatéraux ordinaires) subit une *fente* qui la coupe en deux successions, l'une pour les héritiers paternels, l'autre pour les héritiers maternels; tellement qu'un héritier paternel de quatrième ordre, si éloigné qu'il soit, prend sa succession, malgré la présence d'un héritier maternel du troisième ordre, lequel ne peut prendre que la sienne: il y a alors deux successions, pour chacune desquelles on applique séparément les règles de la loi, sans quoi le parent du troisième ordre exclurait nécessairement celui du quatrième.

Cette argumentation vigoureuse ne saurait nous ébranler, car elle repose sur une confusion que l'exposé de notre système a déjà prévenue. La fente de la succession entre les deux lignes, nous l'avons fait observer, et il est inutile d'insister sur ce point, n'intéresse que les héritiers légitimes, nullement les successeurs irréguliers, dont la part fixée *à priori*, n'est pas subordonnée au partage de la succession entre les parents légitimes. A ce point de vue, l'opinion de M. Marcadé ne nous paraît point fondée.

Il est bien vrai, ainsi que le constate le savant avocat à la Cour de Cassation, que si les ascendants laissés par le *de cuius* renonçaient ou étaient indignes et que la succession passât à des cousins, l'enfant naturel aurait les trois quarts; mais cela ne prouve absolument rien dans notre espèce; si les ascendants renonçaient ou étaient exclus, le *de cuius* ne laisserait pas d'ascendants, et dès lors nous serions placés en dehors de notre hypothèse où, précisément, la difficulté provient de la présence d'ascendants héritiers laissés par le *de cuius*. S'il y avait un ascendant seulement dans une ligne et pas de collatéraux dans l'autre, M. Marcadé soutiendrait-il que l'enfant naturel a droit à la moitié de la part afférente à la ligne où se trouve l'ascendant ou à toute la part revenant à l'autre ligne? Evidemment non? Personne n'oserait aller jusque-là; dès lors ne serait-il pas étrange que l'enfant naturel dût obtenir une portion plus forte suivant que le nombre des ayant droit dans la famille légitime serait plus considérable? Le système de M. Marcadé serait, d'ailleurs, l'occasion d'une difficulté grave, au cas où l'on supposerait le père ou la mère dans une ligne et des collatéraux dans l'autre. Le père ou la mère, en effet, ont droit au tiers en usufruit de la part dévolue aux collatéraux; or, si l'enfant naturel venait prendre à ces collatéraux les trois quarts de la part afférente à leur ligne, comment le père ou la mère pourraient-ils exercer le droit d'usufruit sur le tiers attribué par la loi aux collatéraux? Evidemment, si on restreint le père à l'usufruit du tiers de la portion que les collatéraux recueillent dans le système de

M. Marcadé, on lui accorde moins que ce à quoi il a droit, et la présence de l'enfant naturel lui cause un dommage plus grand que la loi ne le permet. Si, au contraire, on lui donne l'usufruit qui lui revient aux termes de la loi, ce sont les collatéraux qui voient leur part se diminuer *ultrà modum*. Quelle que soit la solution adoptée, on arrive à des difficultés insurmontables qui suffiraient à elles seules pour faire repousser le système qui y conduit inévitablement.

§ 3.

*Concours de l'enfant naturel avec des collatéraux ordinaires. — Cas où le de cujus ne laisse aucun parent légitime.*

Lorsque l'enfant naturel se trouve en présence de collatéraux ordinaires, son droit est fixé par la dernière partie de l'article 757 aux trois quarts de ce qu'il aurait eu s'il eût été légitime, c'est-à-dire aux trois quarts de la succession. Il n'y a pas ici de calcul à faire, et les principes que nous avons posés relativement à l'espèce précédente, étant à peu près tous applicables à celle que nous examinons, nous n'avons pas à insister. Nous nous bornerons à faire observer : 1<sup>o</sup> que les questions controversées, qui prennent naissance à l'occasion du concours de l'enfant naturel avec des frères ou sœurs ou descendants d'eux et des collatéraux dans une autre ligne, ne peuvent s'élever ici; 2<sup>o</sup> qu'il n'y a pas à distinguer dans notre hypo-

thèse si le *de cuius* a laissé plusieurs collatéraux ou un seul dans chaque ligne; s'il y a des collatéraux dans une ligne seulement ou s'il y en a dans les deux; si enfin un ou plusieurs enfants naturels viennent à la succession irrégulière. Dans tous les cas, on devra appliquer l'article 757 *in terminis*.

La succession se divisera toujours de la même manière, trois quarts pour l'enfant naturel, ou les enfants naturels qui se les partagent entre eux; un quart pour les collatéraux. S'il y en a dans une ligne seulement, le quart leur reviendra en entier, et ils le répartiront par tête conformément aux règles des successions légitimes. S'il y a des collatéraux dans chaque ligne, la part afférente aux parents légitimes se fendra entre les deux lignes et chacune prendra un huitième de la succession totale.

Lorsque le *de cuius* n'a laissé ni descendants ni ascendants, ni frères et sœurs, ni collatéraux, la loi accorde à l'enfant naturel la totalité de la succession. L'article 758 est formel : « L'enfant naturel a droit à la totalité des biens lorsque ses père ou mère ne laissent pas de parents au degré successible. »

La présence d'un seul parent au douzième degré exclut donc l'enfant naturel pour partie; mais à défaut d'héritiers légitimes il recueille toute la succession, et il est préféré au conjoint survivant et à l'Etat. Nous disons à défaut d'héritiers, car il est évident que si le *de cuius* laissait des successibles qui renoncassent à la succession ou des parents qui fussent écartés comme indignes, il faudrait appliquer le principe que nous avons déjà posé et le considérer comme

ne laissant pas de parents au degré successible.

On a prétendu que lorsque l'enfant naturel vient seul à l'hérédité, ses droits changent de nature et que, dans cette hypothèse, il devient héritier et n'est plus un simple successeur aux biens ; on invoque à l'appui de cette opinion les expressions dont se servait M. Treilhard dans l'exposé des motifs : à défaut de parents, disait-il, l'enfant naturel *succède* à son père ou à sa mère ; or, dans les autres hypothèses, dit-on, le législateur observe que l'enfant naturel n'est pas héritier.

Il n'est pas possible d'admettre un pareil système ; et d'abord le mot *succède* ne se retrouve plus dans l'article 758. M. Treilhard s'en servait sans doute pour opposer le droit de succession de l'enfant naturel au droit de créance dont quelques-uns voulaient qu'il fût nanti sur les biens du *de cuius*, mais certainement il n'entraît pas dans l'esprit des rédacteurs du Code de donner à l'enfant naturel la qualité d'héritier dans l'hypothèse prévue en l'article 758. Le mot *succède* y fût-il employé, que l'enfant naturel n'en demeurerait pas moins un successeur irrégulier. Cela résulte d'abord de l'article 724 qui déclare saisir les héritiers légitimes et refuse cependant la saisine aux enfants naturels sans distinction, c'est-à-dire dans tous les cas ; enfin de l'art. 775 qui, dans l'hypothèse particulière où l'enfant naturel est appelé à défaut de parents, lui impose l'obligation de demander l'envoi en possession à la justice, suivant les formes imposées au conjoint survivant par les articles 769, 770, 771 et 772.

§ 4.

*Droits des descendants légitimes de l'enfant naturel.*

Nous avons déjà vu avec les articles 757 et 758 quels sont les droits de l'enfant naturel à la succession de ses père et mère, et étudié avec détail la quotité suivant que le concours existe avec diverses classes de parents légitimes. L'article 759 applique les principes que nous avons posés dans une hypothèse particulière, celle où l'enfant naturel étant prédécédé ses enfants légitimes viennent à sa représentation, ou même au cas où le bâtard, renonçant ou indigne, ses descendants légitimes arrivent de leur chef à la succession de l'aïeul.

Malheureusement notre article n'est pas rédigé d'une façon très nette, et dès lors, comme ceux qui le précèdent, il a donné lieu à diverses interprétations.

« Au cas de *prédécès* de l'enfant naturel, ses enfants ou descendants peuvent réclamer les droits fixés par les articles qui précèdent. » Tel est le texte de l'art. 759.

L'application de cette disposition légale a donné occasion à deux questions que nous allons successivement étudier :

1° Les mots *enfants* et *descendants* employés dans notre article s'appliquent-ils seulement aux enfants et descendants légitimes de l'enfant naturel, ou sont-ils

pris dans un sens général et doivent-ils comprendre en même temps les enfants légitimes et les enfants naturels de l'enfant né hors mariage ?

Dans un premier système qui s'appuie de l'autorité de Delvincourt, Favart et Duranton, on soutient que les enfants naturels d'un enfant naturel prédécédé peuvent, comme ses enfants légitimes, réclamer dans la succession de l'aïeul la part que leur père aurait dû lui-même y recueillir. Le premier argument que l'on invoque est tiré de la généralité des termes de l'article 759. Le législateur ne distingue pas, dit-on ; il accorde aux enfants ou descendants de l'enfant naturel les droits qu'aurait eus ce dernier ; pourquoi donc faire une distinction entre les enfants légitimes et ceux qui ne le sont pas ? Elle est évidemment arbitraire. Sans doute, ajoute-t-on, l'art. 756 décide que la loi n'accorde aucun droit aux enfants naturels sur les biens des parents de leurs père et mère ; mais l'article 759 apporte une exception à l'art. 756, et dès lors on ne peut se servir de cet article pour l'opposer à la solution qui résulte directement de la loi.

Enfin, on argumente de la discussion qui eut lieu au Conseil d'État. Lorsque, dit-on, l'art. 759 fut proposé, Cambacérès demanda s'il serait applicable aux enfants du bâtard prédécédé. A cette question, M. Berlier répondit que : ces derniers ne pouvaient avoir les mêmes droits que leurs père et mère, mais qu'une portion de ces droits leur serait attribuée en leur qualité d'enfants naturels, et l'article fut adopté sans discussion et après ce simple échange d'explications. Il n'y a donc pas de doute, le texte est général et com-

prend les enfants légitimes ou naturels de l'enfant naturel prédécédé.

Nous ne croyons pas pouvoir nous ranger à cette première opinion, et il nous paraît aisé de la combattre par de sérieux arguments.

Le législateur, dans l'article 759, ne distingue pas entre les descendants naturels et les descendants légitimes, cela est parfaitement exact; mais la distinction était absolument inutile, car les mots *enfants* ou *descendants* ne peuvent viser que la famille légitime. L'article 756 est formel, en effet, les *enfants naturels* n'ont aucun droit sur les biens des *parents* de leurs père et mère. La règle est, on le voit, nettement formulée; et si les rédacteurs du Code avaient voulu y apporter quelque exception, ils se seraient clairement expliqués et l'art. 759 aurait été écrit d'une façon plus précise. Mais le législateur n'a pas voulu faire d'exception, et c'est avec raison qu'il n'en a pas admise. En effet, comme le fait remarquer Marcadé, si les enfants naturels d'un enfant naturel pouvaient venir à la succession de leur aïeul par exception au principe de l'art. 756, quels sont donc les enfants qui ne le pourraient pas et qui resteraient sous la règle de cet article? Ce seraient les enfants naturels d'un enfant légitime? Mais cela est en vérité bien étrange, et on ne comprend pas que les enfants naturels soient moins bien traités dans la succession de leur aïeul parce que précisément leur père est un enfant légitime; on ne peut certes pas admettre un système qui conduit fatalement à de si extraordinaires résultats.

La discussion du Conseil d'État ne nous touche pas

davantage ; nous ne nous permettrons pas de dire, comme M. Marcadé, que Cambacérès et Berlier ne se comprirent probablement pas bien eux-mêmes ; mais nous ferons observer que l'opinion de ces deux conseillers ne pouvait pas changer le sens de l'article qui était proposé au conseil et qui lui est tout à fait contraire. Berlier disait, en effet : Le droit de l'enfant naturel est un droit de créance qui ne peut passer *tout entier* de celui-ci à son enfant né hors mariage, mais il le lui transmettra grevé de la réduction qui est inhérente à la qualité, et si, par exemple, le droit du père était du tiers de la portion à laquelle il aurait eu droit comme étant légitime, la part de l'enfant sera du tiers, c'est-à-dire du neuvième de celui qui lui aurait appartenu s'il eût été lui-même légitime et au premier degré par rapport au *de cuius*. Or, nous savons déjà que le droit de l'enfant naturel n'est pas un droit de créance ; nous avons démontré ce point en expliquant l'art. 756. Quant à la seconde partie de l'observation de Berlier, elle ne put être prise en considération. D'après sa pensée, les enfants<sup>s</sup> naturels de l'enfant naturel n'auraient dû prendre qu'une part de la portion de celui-ci ; or, l'art. 759 ne parle que de descendants qui peuvent recueillir toute la part attribuée à l'enfant naturel, il ne s'occupe donc que des enfants et descendants légitimes de l'enfant naturel et non de leur postérité illégitime, et, en conséquence, les expressions par trop générales d'*enfants* et *descendants* comprennent seulement les enfants issus du mariage, contrairement à l'opinion de Delvincourt et de Duranton.

2° Les enfants ou descendants de l'enfant naturel doivent-ils nécessairement venir par représentation de leur père en cas de prédécès, ou peuvent-ils arriver de leur chef à la succession de l'aïeul au cas de renonciation ou d'indignité de leur auteur?

Cette question, comme celle qui précède, a été diversement résolue.

Quelques commentateurs pensent que les enfants légitimes de l'enfant naturel ne peuvent venir à la succession de l'aïeul qu'au cas de prédécès de leur père, et, par conséquent, en invoquant le bénéfice de la représentation. Le texte de la loi, à leur sens, n'offre pas place à un doute; en cas de *prédécès de l'enfant naturel*, dit l'art. 759, ses enfants viennent à l'hérédité... il est donc indispensable, pour que ces derniers puissent exciper des droits que cet article leur confère, qu'ils se trouvent placés dans la situation prévue par le législateur, c'est-à-dire que le père soit prédécédé et que, par conséquent, ils viennent par représentation et non pas de leur propre chef.

Cette opinion est défendue par d'excellents esprits et notamment par Marcadé, qui ne fait pas même à l'opinion contraire l'honneur de la discuter. Nous nous bornerons, pour le moment, à constater la contradiction dans laquelle est tombé ce savant jurisconsulte. Nous avons vu tout à l'heure que Marcadé se refuse à l'interprétation judaïque de l'art. 759 en ce qui concerne les *enfants* et *descendants* de l'enfant naturel; quelles sont donc les raisons puissantes qui lui font rechercher ce mode d'interprétation lorsqu'il s'agit d'expliquer la première partie de la même disposition?

D'autres auteurs, tout en admettant le système que nous venons d'indiquer, ne croient pas devoir en faire l'application à toutes les hypothèses, et déclarent que si l'aïeul ne laisse aucun parent habile à succéder, les enfants légitimes de son enfant naturel, renonçant ou indigne, seront appelés à la succession par préférence au conjoint survivant et à l'État. M. Vazeille, qui se déclare partisan de ce système mixte, le défend par un argument tiré des articles 767 et 768, Code civil. Aux termes de ces articles, fait-il observer, le conjoint survivant et l'État ne sont appelés qu'à défaut d'héritiers légitimes ou *d'enfants naturels*; or, sous cette dernière dénomination, la loi comprend les enfants légitimes de l'enfant naturel, ce n'est donc qu'à leur défaut que le conjoint et l'État pourront recueillir l'hérédité. Nous n'insisterons pas sur cette opinion qui nous paraît inacceptable pour ceux surtout qui, comme Vazeille, admettent le principe déduit par Marcadé de l'art. 759. En effet, un successible ne peut venir à l'hérédité que par représentation ou de son chef; or, Vazeille est d'avis que les enfants légitimes de l'enfant naturel ne peuvent arriver que par représentation, comment dès lors peut-il leur concéder le droit de recueillir à l'exclusion des conjoints et de l'État en cas de renonciation de leur père. Il y a ici une contradiction évidente. Sans doute, les art. 767 et 768 n'appellent le conjoint et l'État qu'à défaut de parents ou d'enfants naturels se présentant à l'hérédité et ayant capacité pour la recueillir, c'est-à-dire à défaut de successeurs; mais puisque pour Vazeille les descendants légitimes de l'enfant naturel ne sont suc-

cesseurs de leur aïeul que lorsqu'ils viennent par représentation, ils cessent de l'être lorsque leur père renonce ou est exclu comme indigne, et, partant, leur présence ne peut nuire au conjoint ou à l'État.

La doctrine de Marcadé ne nous paraît pas mieux fondée : le législateur n'a pas voulu donner au mot *prédécedés* de notre article son sens rigoureusement exact ; les rédacteurs du Code ont employé cette expression, parce que c'est, en général, la circonstance du prédécès du parent plus proche qui donne lieu à l'ouverture en faveur du parent plus éloigné, ils ont statué sur le *plerùmque fit*, mais ils n'ont pas eu l'intention d'exclure le cas de renonciation ou d'indignité qui produisent ordinairement le même effet. — Le mot *prédécedé* n'est qu'un terme énonciatif ; et ce qui le prouve, c'est que dans tout le titre des successions le législateur l'a employé comme équivalent des mots à défaut de..... qu'il considère comme synonymes. Il n'en pouvait, d'ailleurs, être autrement, et le législateur, n'eût-il pensé donner aux enfants légitimes de l'enfant naturel que le droit unique de représenter leur père dans la succession de leur aïeul, que nous n'en devrions pas moins reconnaître que la faculté de venir de leur chef leur a été implicitement concédée. C'est, en effet, une conséquence forcée des principes de la loi en matière de représentation.

Pour pouvoir représenter une personne, il faut que plusieurs conditions concourent. Il faut que le représenté soit décédé avant le *de cujus* pour que le représentant puisse monter à son degré ; il faut que le représentant soit le descendant du représenté ; enfin, et

comme le représentant n'emprunte que son rang au représenté, il faut qu'il ait une vocation propre et personnelle. Tous les auteurs sont d'accord sur ces divers points ; or, si les enfants légitimes de l'enfant naturel peuvent venir par représentation de leur père, ils ont donc une vocation propre et personnelle, et, dès lors, ils peuvent venir de leur chef lorsque, par suite d'un événement quelconque, tel que la renonciation ou l'indignité de leur père, ils sont empêchés d'user du bénéfice de la représentation et ne peuvent se placer au rang qu'occupe encore celui qu'en cas de prédécès ils auraient pu représenter.

A notre avis donc, les enfants légitimes du fils naturel prédécédé, renonçant ou indigne, peuvent réclamer les droits fixés par les articles 757 et 758 pour l'enfant naturel. C'est ainsi que nous entendons l'art. 759 de notre Code, et c'est ainsi que l'explique le plus grand nombre des auteurs, notamment MM. Aubry et Rau, Demolombe, Demante, Ducaurroy, etc.

Il est inutile d'ajouter que tout ce que nous venons de dire, relativement aux droits concédés par la loi aux enfants légitimes de l'enfant naturel, s'applique à ses enfants légitimés, puisque les droits de ces derniers sont, aux termes de l'art. 555 du Code civil, conformes en tous points aux droits des enfants légitimes.

III

*De l'imputation exigée de l'enfant naturel et du droit au rapport qui lui est concédé.*

Nous avons déterminé dans les sections qui précèdent la quotité des droits de l'enfant naturel suivant qu'il concourait avec telle ou telle classe de parents légitimes du défunt, et nous avons constaté que c'est dans l'intérêt du mariage et de la famille que le législateur a cru devoir restreindre la part qu'il attribue aux enfants nés hors des unions légitimes. Les règles posées par le Code à cet égard sont donc des règles d'ordre public ; dès lors, elles ne pourront être modifiées par la volonté des particuliers, et le père de famille ne pourra pas augmenter la part que la loi assigne à ses enfants nés hors mariage. L'art. 760 contient une disposition qui est la conséquence de ce principe : « L'enfant naturel, nous dit-il, ou ses descendants, sont tenus d'imputer sur ce qu'ils ont droit de prétendre, tout ce qu'ils ont reçu du père ou de la mère dont la succession est ouverte, et qui serait sujet à rapport d'après les règles établies à la section II du chapitre IV du présent titre. Mais cet article cependant ne prouverait pas à lui seul, d'une façon décisive, que le père ou la mère ne peuvent pas augmenter la part légale de leur enfant naturel. Celui-ci, en effet, est bien tenu d'imputer ce qu'il a reçu sur ce

qu'il a droit de prétendre ; mais ne pourrait-il pas, en renonçant à la succession irrégulière qui lui est échue, retenir le don entre vifs ou réclamer le legs qui lui a été fait, ainsi que les héritiers légitimes en ont le droit? La question pourrait se poser; elle est tranchée dans l'art. 908 qui décide que les enfants naturels ne pourront, par donation entre vifs ou par testament, rien recevoir au delà de ce qui leur est accordé au titre des successions. Le doute n'est donc pas possible : les enfants naturels, en dehors des limites fixées par les articles 757 et 758 sont incapables de recevoir de leur père ou mère, et l'imputation que leur impose l'art. 760 n'est qu'un moyen pour ramener leur part augmentée par les libéralités de leurs parents à sa délimitation légale.

On sait que les héritiers sont tenus de rapporter à la succession du défunt tout ce qu'ils ont reçu de lui par donation ou par testament : mais l'objet de leur obligation n'est pas du tout fondé sur le même motif que l'imputation à laquelle sont soumis les enfants naturels. Ces derniers doivent imputer parce qu'ils ne peuvent rien recevoir au delà de ce que la loi leur accorde; le rapport, au contraire, a pour base le maintien de l'égalité entre les héritiers légitimes. Il repose sur cette idée que le père de famille n'a pas voulu avantager un de ses héritiers au détriment des autres, à moins d'une déclaration expresse de volonté. Or, de cette différence de motifs résultent, entre l'imputation et le rapport des différences notables, admises sans distinction par tous les auteurs, et que nous allons d'abord énumérer :

1° L'enfant naturel ne peut pas renoncer à la succession pour s'en tenir à la donation qui lui a été faite; il est incapable de recevoir au delà de la part que lui attribue l'art. 757, et si elle est dépassée, il sera soumis à la réduction, conformément au principe de l'art. 908; l'héritier légitime, au contraire, peut, aux termes de l'art. 845, se dispenser du rapport, en renonçant à la succession, sauf, bien entendu, les droits des héritiers réservataires.

2° Le *de cuius* peut dispenser son héritier légitime du rapport en lui faisant une donation ou un legs par préciput ou hors part, tout au moins dans les limites de la quotité disponible. Au contraire, il ne peut dispenser de l'imputation son enfant naturel; car, par application de l'art. 908, cet enfant ne peut rien recevoir au delà de ce que la loi permet.

3° L'héritier légitime n'est pas tenu de rapporter la libéralité qui aurait été faite soit à son enfant, soit à son conjoint (art. 847-848); au contraire l'enfant naturel est forcé d'imputer sur sa part ce qui a été donné soit à son conjoint, soit à son enfant, parce que, aux termes de l'article 911, le conjoint et les enfants sont, par suite d'une présomption légale, considérés comme des personnes interposées et que la donation serait présumée faite à de semblables personnes.

Mais à ces trois différences près, l'imputation et le rapport sont-ils des opérations identiques quant à leurs effets, ou bien faut-il décider, au contraire, qu'elles conduisent à des résultats parfaitement distincts, absolument opposés? La question est très délicate; elle est diversement résolue par les auteurs et

la jurisprudence. Or, comme toute la difficulté provient du mot *imputer*, dont s'est servi le législateur, il importe *à priori* de bien fixer le sens grammatical qu'il convient de donner à ce mot ; nous rechercherons ensuite si le législateur le lui attribue en effet, ou bien s'il l'emploie improprement dans le sens du mot rapporter.

Dans une terminologie exacte le mot *imputer* signifie précompter, et, ainsi employé, aux termes de l'art. 760, l'enfant naturel devrait tenir compte, pour le règlement de ses droits successifs, des choses par lui reçues entre vifs ou par testament de son père ou de sa mère. Il pourrait les conserver, sans aucun doute, dans la limite fixée par l'article 757 ; mais il devrait prendre autant en moins dans les biens de la succession, et parfaire seulement sur ces biens la portion à laquelle il a droit ; mais, en admettant même que les rédacteurs du Code aient voulu donner au mot *imputer* cette portée rigoureusement exacte, l'imputation pourra avoir lieu de deux manières différentes, et les effets seront différents suivant que l'on aura employé l'un ou l'autre des deux procédés possibles ; nous allons l'établir par un exemple :

Supposons une succession ouverte, un enfant légitime et un enfant naturel y sont appelés. Ce dernier a reçu, par donation de son père, une somme de 5,000 francs, l'hérédité se compose de 18,000 francs en biens extants. L'enfant naturel devra imputer sur ce qu'il a droit de prétendre les 5,000 francs qu'il a déjà reçus : Dès lors, devrait-il dire, la succession comprenant 18,000 francs, si j'étais légitime j'aurais

droit à la moitié, c'est-à-dire à 9,000 francs; en ma qualité d'enfant naturel, j'ai droit au tiers de cette somme, soit 3,000 francs; mais je les ai déjà reçus, je n'ai donc plus rien à prétendre. S'il doit ainsi calculer, sa part définitive sera, on le voit, de 3,000 francs; mais n'aurait-il pas le droit de procéder autrement et de dire : La succession du *de cujus* comprend 18,000 francs de biens extants, plus 3,000 francs de biens donnés que je réunis fictivement aux premiers, soit un total de 21,000 francs; sur cette somme, si j'étais légitime, je prendrais la moitié, 10,500 francs; comme enfant naturel, je viens me faire attribuer le tiers de cette moitié, soit 3,500 francs; en tenant compte de ce que j'ai reçu, je puis donc réclamer 500 francs.

La quotité du droit de l'enfant varie, on le voit, suivant que l'un ou l'autre de ces deux procédés est employé; il y a donc un intérêt pratique évident à déterminer lequel des deux doit être adopté, et c'est précisément sur ce point que de sérieuses difficultés se sont élevées et que deux systèmes sont en présence.

Suivant certains jurisconsultes, l'imputation est une opération qui n'a aucune ressemblance avec le rapport. Les donations faites à l'enfant naturel, disent-ils, sont irrévocables; la nécessité de l'imputation n'en entraîne pas la résolution, et, quelle que soit la nature mobilière ou immobilière des choses données, elles restent dans le patrimoine du donataire et ne rentrent, en aucun cas, dans la succession. Partant de ce principe, qui est comme la base fondamentale de ce premier système, quelques auteurs en ont déduit

toutes les conséquences, et sont arrivés ainsi à cette solution radicale que l'enfant naturel ne peut pas réunir fictivement à la masse des biens extants dans la succession ceux qu'il a reçus du défunt et qui en sont, par suite, définitivement sortis, que, dès lors, il doit calculer sa part seulement sur les biens laissés; en d'autres termes, on soutient dans cette opinion que le procédé de calcul que nous avons indiqué d'abord doit être imposé à l'enfant naturel, et que, dans l'hypothèse que nous avons choisie, sa part ne doit comprendre que les 3,000 francs reçus par lui entre vifs.

Cette interprétation ne nous paraît pas admissible, et nous devons constater qu'elle a été repoussée par la plupart des auteurs qui distinguent entre l'imputation et le rapport, notamment par MM. Aubry et Rau. En effet, aux termes de l'art. 757, l'enfant naturel a droit à une portion de ce qu'il aurait eu s'il eût été légitime; mais s'il était légitime, il aurait le droit de prendre la moitié de la masse des biens extants, 18,000 francs dans notre espèce augmentés de la masse des biens donnés, en tout la moitié de 21,000 francs. En tant qu'enfant naturel, il a donc droit au tiers de sa portion sur la masse ainsi formée. Si on procède autrement, on arrive à ces résultats étranges que plus les père et mère de l'enfant naturel auront voulu se montrer généreux à son égard, plus il sera maltraité, puisque sa part diminuera proportionnellement à la somme partageable par suite des donations dont il aura été gratifié.

D'autres jurisconsultes, bien que n'admettant pas le mode de calcul que nous venons de critiquer, sou-

tiennent que l'imputation et le rapport n'ont rien de commun et déduisent du principe que l'enfant naturel demeure toujours propriétaire des biens qui lui ont été donnés par ses père et mère toutes les autres conséquences qu'il comporte. A ce point de vue, ils se rallient aux partisans plus radicaux du système qu'ils adoptent. C'est ainsi qu'ils décident que l'enfant naturel n'impute sur ce qu'il a droit de prétendre que la valeur de ce qu'il a reçu ; en un mot, ils appliquent à toutes les choses données, sans distinction, à l'enfant naturel, la règle posée par l'art. 868 pour le rapport des meubles. Il est facile de voir les conséquences de cette opinion en ce qui touche les immeubles.

L'enfant naturel, devant imputer ce qu'il a reçu, est débiteur d'une quantité, d'une somme représentative de la valeur de ce qu'il a reçu au jour même de la donation ; si donc il est au moment du partage en possession de l'immeuble qui lui a été donné, il ne sera pas tenu de le remettre dans la masse partageable, il pourra le garder en le précomptant au pied de sa valeur au moment de la donation, et partant sa position sera meilleure que celle de l'enfant légitime, que ses cohéritiers pourraient contraindre à rapporter en nature. Il est vrai qu'on pourrait dire que par réciprocité, l'enfant naturel n'étant pas soumis au rapport en nature ne pourra pas non plus l'exiger des héritiers légitimes du *de cuius*, mais cette affirmation ne serait pas fondée, car, même en reconnaissant un caractère spécial à l'imputation, on ne pourrait pas étendre la disposition de l'art. 760 qui devrait être considérée comme exceptionnelle, et rien, par conséquent, n'em-

pèche l'enfant naturel d'invoquer les articles 858 et suivants du Code, bien qu'on ne puisse pas les invoquer contre lui. De même, l'enfant naturel débiteur de quantité profitera seul des augmentations de valeur survenues du jour de la donation au jour de l'ouverture, et subira seul les diminutions ou la perte de l'immeuble par cas fortuit ou de force majeure. Enfin, pour quelques auteurs l'imputation ne devra pas porter sur les fruits et intérêts puisqu'elle n'a rien de commun avec le rapport, et l'enfant naturel n'y sera soumis, à ce point de vue, qu'à partir de la demande en justice. Cette doctrine s'appuie sur plusieurs arrêts et notamment sur un arrêt de la Cour de Cassation à la date du 11 janvier 1851. Malgré tout le respect que nous avons pour les décisions de la Cour suprême, nous ne croyons pas que l'arrêt de 1851 soit fondé en droit. En effet, aux termes de l'art. 856, les fruits et intérêts des choses sujettes à rapport sont dus à compter du jour de l'ouverture de la succession; pourquoi la Cour a-t-elle écarté dans notre hypothèse l'application de cet article? Parce que les règles du rapport ne doivent pas s'appliquer à l'imputation, attendu que la donation a rendu l'enfant naturel propriétaire incommutable et que son droit de propriété n'ayant pas été résolu à l'ouverture de la succession, les fruits produits doivent continuer à lui appartenir. Mais cet argument ne peut avoir une grande valeur. L'héritier légitime donataire d'un meuble, n'est-il pas lui aussi débiteur d'une somme d'argent et ne devient-il pas par l'effet de la donation propriétaire incommutable des choses données? Evidemment si! Personne ne

songe à soutenir le contraire, et cependant l'obligation de rapporter les intérêts ou les fruits, à compter du jour du décès, lui est imposée par la loi. On peut donc, sans attaquer la doctrine même que la Cour de Cassation voulait appliquer, démontrer qu'elle est en contradiction avec les principes écrits dans l'article 760.

Cet article, en effet, impose à l'enfant naturel l'obligation d'imputer tout ce qui est sujet à rapport d'après les règles établies en la section II du chapitre IV au titre des successions ; or, les fruits et les intérêts produits par la chose donnée depuis l'ouverture de la succession sont rapportables ; ils doivent donc aussi être imputables sur la part de l'enfant naturel (1).

D'autres jurisconsultes, et parmi eux MM. Aubry et Rau enseignent que l'imputation que l'enfant naturel est tenu de subir ne constitue jamais qu'un rapport en moins prenant, lors même que les objets qui lui auraient été donnés seraient des immeubles. Dans ce système, néanmoins, il conviendra de distinguer les meubles des immeubles donnés. S'agit-il de meubles, on tiendra compte de leur valeur au moment de la donation conformément à l'article 868 ; s'agit-il d'immeubles, si le donataire les a aliénés, ils seront estimés au jour de l'ouverture. Si les immeubles existent encore en nature dans les mains du donataire, à défaut de dispositions précises au titre du rapport qui en ce cas se fait en nature, on appliquera le principe de l'article 922 en matière de réduction, et on se

(1) Voir en sens contr., Cass., arrêt du 14 juillet 1827.

placera pour faire l'estimation à l'époque du décès du donateur. Cette distinction qui a pour but d'empêcher que l'enfant naturel ne soit obligé de rapporter un immeuble qui aurait péri par cas fortuit est inadmissible, si l'on s'attache à l'article 922 il faut l'appliquer dans toute son étendue ; or, il ne distingue pas entre les meubles et les immeubles. En outre, si le mot imputation désigne une opération spéciale, il est difficile d'admettre en l'absence de toute explication du législateur que cette imputation doive être différente pour les meubles et pour les immeubles, cela serait tout à fait arbitraire.

Assimilant l'imputation au rapport en moins prenant, il va de soi que MM. Aubry et Rau admettent l'application à notre hypothèse de l'article 856 et l'obligation pour l'enfant naturel de restituer les fruits et les intérêts à partir de l'ouverture de la succession.

Nous ne pouvons que repousser le système que nous venons d'examiner et de combattre, et nous n'admettons pas que le législateur ait voulu faire de différence entre l'imputation et le rapport. Nous croyons, au contraire, que bien qu'il ait employé un mot impropre, il a voulu purement et simplement renvoyer aux règles contenues au titre du rapport et que dans sa pensée les mots imputer et rapporter sont parfaitement synonymes. Le texte de l'article 757 fournit en faveur de notre opinion un puissant argument. D'après cet article, en effet, l'enfant naturel doit avoir une part de ce qu'il aurait s'il était légitime ; il faut donc, pour qu'il arrive à ce résultat, que la masse partageable soit formée comme s'il était légitime ; or, dans

cette hypothèse, il rapporterait les meubles en moins prenant, les immeubles en nature, sauf exception, il devra donc faire son imputation de la même manière, car il est provisoirement considéré comme légitime pour le règlement de sa part. L'article 760 ne peut d'ailleurs pas avoir pour but de renverser la théorie contenue aux articles qui le précèdent, il n'a, d'après nous, qu'un seul objet, c'est de faire savoir que l'enfant naturel ne pourra pas être gratifié de donations préciputaires; quant à la théorie du rapport, il n'entend pas la modifier en ce qui concerne l'enfant naturel, et puisque dans cet article le législateur se réfère et renvoie au titre du rapport au point de vue des choses qui doivent être imputables, on ne voit pas pourquoi aux autres points de vue il aurait distingué la position de l'enfant naturel et celle de l'héritier légitime, et, comme le dit M. Demolombe, imposé à l'un sous le nom d'imputation une obligation différente de celle qu'il impose à l'autre sous le nom de rapport. Il n'y a donc pas pour nous de différence entre le rapport et l'imputation, et nous appliquerons à l'un toutes les règles qui peuvent s'appliquer à l'autre.

Aux termes de l'article 760, l'obligation d'imputer est imposée non-seulement à l'enfant naturel, mais encore à ses descendants venant à la succession. Deux hypothèses sont possibles : le descendant peut venir par représentation à la succession du père ou mère de son auteur prédécédé, ou bien il peut s'y présenter de son chef en cas d'indignité ou de renonciation de son père; dans les deux cas, l'obligation d'imputer serait-elle la même? Nous décidons en faveur de l'affirmative.

La première hypothèse n'offre pas de difficultés, le descendant légitime de l'enfant naturel, venant par représentation doit rapporter : 1° tout ce qu'il a reçu personnellement ; 2° tout ce qui a été donné à son père prédécédé, bien qu'il ait répudié sa succession (art. 848). Pour la deuxième, notre solution est la même, bien que l'article 848 pose une règle contraire lorsqu'il s'agit d'enfants légitimes et décide que le fils venant de son chef à la succession du donateur n'est pas tenu de rapporter le don fait à son père, même quand il aurait recueilli la succession de celui-ci. Il ne faut pas oublier, en effet, que l'enfant naturel ou ses descendants légitimes sont incapables de recevoir, soit par eux-mêmes, soit par personnes interposées au delà de la part qui leur est attribuée par l'article 757 ; or, si le descendant de l'enfant naturel pouvait recueillir la part qui lui est accordée par la loi dans la succession à laquelle il vient de son chef, et conserver sans imputation la libéralité faite à son père, qui ne voit qu'il pourrait obtenir plus que ce que son auteur aurait pu obtenir lui-même, alors que cependant, bien que les descendants arrivent de leur chef, ils ne viennent qu'à défaut de leur père et pour recueillir, dit l'article 759, les droits fixés pour leur auteur dans les articles qui précèdent. Une solution différente rendrait possible des collusions fâcheuses et on pourrait voir un enfant naturel renoncer à la succession de son père pour assurer à son fils le bénéfice d'une libéralité dont il aurait été gratifié ! On arriverait ainsi à léser les intérêts de la famille légitime en voulant la favoriser ; on violerait le principe de l'article 911 qui

déclare nulles les donations faites à un incapable, soit qu'on les déguise sous l'apparence d'un contrat à titre onéreux, soit qu'on les fasse par personnes interposées. Mais si nous nous plaçons dans une hypothèse particulière où la présomption d'interposition de personnes soit impossible, le descendant légitime de l'enfant naturel pourra-t-il se dispenser de rapporter et retenir le don ou legs qui lui aura été fait, alors même qu'il dépasserait la quotité fixée par l'art. 759; prenons un exemple : *Primus* a un fils naturel qui meurt laissant un enfant légitime *Secundus*; après la mort de son enfant, *Primus* donne à *Secundus* une somme de 100,000 francs, puis il meurt laissant un frère légitime, *Secundus*, successeur irrégulier, et 50,000 francs de biens extants. *Secundus* pourrait-il retenir le don de 100,000 francs et abandonner au frère du *de cujus* les 50,000 francs de biens laissés, ou devra-t-il réduire la donation de façon à conserver la moitié de la masse des biens donnés et des biens extants conformément au principe de l'art. 759 ?

Quelques auteurs ont prétendu que le descendant de l'enfant naturel pouvait dans notre hypothèse conserver tout entière la libéralité faite par le père de son auteur, et leur opinion est confirmée par deux arrêts des Cours de Colmar et de Douai (31 mai 1825 et 9 mai 1836), par un arrêt, enfin, rendu le 15 avril 1840 par la Cour de Cassation. On argumente dans cette doctrine du principe que les incapacités sont de droit étroit et qu'elles ne peuvent exister en dehors des textes formels; or, dit-on, l'art. 902 décide que toutes personnes peuvent disposer ou recevoir par donations

entre vifs ou par testament excepté celles que la loi a déclaré incapables, et la loi ne créant aucune exception pour les descendants de l'enfant naturel et ne les déclarant pas incapables, ils peuvent donc recevoir par donation au delà même de la part dont leur auteur aurait pu être gratifié. Si celui-ci, en effet, ne peut pas recevoir au delà des limites de l'art. 757, c'est que l'art. 908 le frappe en termes exprès de cette incapacité particulière; mais cet article ne déclare incapables que les enfants naturels et nullement leurs descendants, ceux-ci sont donc capables, et si quelquefois ils sont atteints de la même incapacité que leur auteur, c'est qu'ils sont considérés comme personnes interposées, ce qui est impossible dans notre espèce. Les articles 759 et 760, ajoute-t-on, ne peuvent être invoqués contre ce système; en effet, la première de ces deux dispositions détermine seulement la quotité des droits successifs des descendants de l'enfant naturel, mais ne les déclare pas incapables de recevoir au delà de cette quotité et bien que l'art. 760 les astreigne à l'imputation, rien dans cet article n'établit leur incapacité; il n'y a donc pas lieu de la prononcer.

Nous ne croyons pas que ce système, qui distingue entre l'enfant naturel et ses descendants légitimes soit celui de la loi, et nous pensons, au contraire, que le législateur a voulu absolument assimiler les descendants de l'enfant naturel à l'enfant naturel lui-même (1). Les articles 759 et 760 en sont à notre avis la preuve la plus évidente. S'agit-il de la quotité des

(1) Demolombe, t. 14, p. 137.

droits attribués aux descendants légitimes de l'enfant naturel, l'art. 759 les détermine pour eux exactement comme l'art. 757 les a déterminés pour leur père. S'agit-il d'imputation, l'art. 760 met l'enfant naturel et ses descendants sur la même ligne et leur impose la même obligation ; l'assimilation est complète. Or, l'art. 908 n'est pas autre chose que la sanction des articles 759 et 760 ; il y a entre ces dispositions une corrélation intime ; pourquoi donc n'appliquerait-on pas l'art. 908 aux descendants légitimes de l'enfant naturel ? Parce que dans cet article les rédacteurs ont employé seulement les mots *enfants naturels* ? Mais le sens général de ces deux mots qui comprennent non-seulement les *enfants naturels* mais leurs descendants légitimes, résulte nettement du lien qui unit l'art. 908 aux articles 759 et 760, et comme le fait, d'ailleurs, observer M. Demolombe, dans le système général de la loi en matière de disponibilité, les descendants ne sont-ils pas toujours traités de la même manière que l'enfant, dont ils sont issus ?

Il nous reste, pour terminer ce chapitre, à résoudre une question qui a une grande affinité avec celle que nous venons de traiter, et à nous demander si l'enfant naturel ou ses descendants légitimes tenus à l'imputation au regard des héritiers du *de cujus* ont le droit de demander à ces derniers le rapport des libéralités qu'ils auraient reçues du défunt. Quant à nous, nous optons pour la solution affirmative, et nous pensons qu'obligé au rapport, l'enfant naturel est en droit de l'exiger des successibles avec lesquels il concourt. La raison qui nous porte à décider de la sorte se déduit

clairement, à notre avis, du texte de l'article 757. D'après cet article, l'enfant naturel en présence d'un enfant légitime a droit à une portion de ce qu'il pourrait recueillir s'il avait cette qualité. Or, s'il était légitime, il aurait droit d'exiger le rapport et profiterait de la moitié de ce rapport dûment effectué; en tant que successeur aux biens il pourra donc demander le rapport pour déterminer la part qui lui revient dans la masse générale et bénéficier du tiers de la moitié de ce rapport. Il aura le même droit dans l'hypothèse où il viendrait en concours avec des ascendants ou des collatéraux. M. Demante a soutenu, il est vrai, le contraire et prétendu que bien qu'ayant droit au rapport au regard des enfants du *de cujus*, l'enfant né hors mariage ne peut l'exiger des ascendants ou des collatéraux; car, dans ce dernier cas, son droit est fixé non plus à une part de portion héréditaire mais à une quote-part de l'hérédité; si, dans cette hypothèse, fait remarquer le savant professeur, l'enfant naturel eût été légitime, il aurait exclu l'ascendant ou les collatéraux, et n'aurait pas eu à leur demander le rapport, mais bien la réduction si la quotité disponible eût été dépassée; comme enfant naturel il ne pourra donc avoir que la même faculté et n'aura aucun droit à exiger le rapport. Nous avons le regret de ne pouvoir partager l'avis de M. Demante, nous ne pensons pas que la masse partageable doive être formée de deux façons différentes suivant que l'enfant naturel sera en concours avec des ascendants ou des collatéraux, ou des enfants légitimes. La volonté du législateur est de considérer dans tous les cas l'enfant naturel en con-

cours avec des parents légitimes, sans distinction, comme s'il était légitime lui-même, et il ne peut pas en être autrement, car, suivant l'opinion de M. Demante, l'enfant naturel serait beaucoup plus favorablement traité vis-à-vis d'enfants légitimes que vis-à-vis d'ascendants ou de collatéraux, ce qui est inadmissible.

On oppose à notre système un argument tiré de l'article 857. Le rapport de cet article n'est dû que par cohéritier à son cohéritier; or, l'enfant naturel n'est pas cohéritier, il n'a donc pas droit au rapport. L'objection ne nous paraît pas sérieuse; on sait, en effet, que l'enfant naturel, bien que n'étant pas héritier légitime aux termes de l'article 756, est cependant successible, et il résulte de plusieurs dispositions du Code, notamment des articles 729, 778 et 780 que le mot héritier n'est pas toujours pris dans le sens d'héritier légitime, mais désigne souvent tout successible. Il faut donc interpréter le mot *cohéritier* de l'article 857, où cet article est placé au titre du rapport, et la portée de l'expression cohéritier pour désigner tout successeur *ab intestat* se détermine par l'opposition que la loi fait entre les héritiers d'une part et les créanciers et légataires de l'autre. L'art. 857 a donc tout simplement voulu dire que le rapport n'était pas dû aux créanciers ou aux légataires; et c'est par opposition à ces divers ayant droit qu'il a employé le mot héritiers, dont le véritable sens est ici celui de successibles.

Les jurisconsultes qui invoquent le texte de l'article 857, ont proposé les solutions les plus diverses de la question qui nous occupe.

Les uns appliquent judaïquement la lettre de l'article 857 et affirment que l'enfant naturel n'étant pas héritier, n'a pas droit au rapport ; nous avons déjà démontré la fausseté de cette doctrine.

D'autres distinguent suivant qu'il s'agit de legs ou de donations entre vifs, et décident que l'enfant naturel peut exiger le rapport des legs, mais n'a pas droit au rapport de dons entre vifs. L'enfant né hors mariage, disent-ils, n'a de droits que sur les biens de ses père et mère décédés et non sur ceux qui ne leur appartiennent plus au jour de leur décès ; il peut donc exiger que les legs soient laissés dans la masse partageable, mais il ne peut prétendre au rapport des donations. Nous avons fait justice de cette affirmation en expliquant l'article 756, et nous savons que l'enfant naturel a des droits sur les biens des père et mère décédés et des père et mère vivants.

Enfin, quelques interprètes distinguent encore entre les donations faites avant la reconnaissance de l'enfant naturel et celles faites postérieurement à cette reconnaissance et soumettent ces derniers au rapport de la part des héritiers légitimes, tandis qu'ils en dispensent les autres.

Ces opinions divergentes, ces solutions diverses et opposées nous semblent être encore une démonstration de notre système et nous confirment dans l'opinion que nous avons adoptée, savoir : que l'enfant naturel a droit au rapport au regard des héritiers légitimes, de même que ceux-ci y ont droit vis-à-vis de lui.

IV

*De la réduction de la part de l'enfant naturel autorisée par l'article 761.*

Nous avons vu dans le chapitre qui précède que les père et mère de l'enfant naturel ne peuvent en aucune façon augmenter la part héréditaire que la loi lui attribue ; mais s'ils ne peuvent accroître la quotité de son droit, ils peuvent, au contraire, la diminuer dans une certaine mesure, et cela de deux manières différentes.

D'abord, les père et mère peuvent diminuer la part de l'enfant naturel comme celle de tout successible en diminuant leur patrimoine par des libéralités adressées à des étrangers et, par conséquent, dispenser de l'obligation du rapport. Par ce moyen, suivant certains jurisconsultes, les père et mère naturels peuvent dépouiller leur enfant, le priver de tout droit de succession ; pour nous qui suivons la doctrine généralement admise et qui pensons que l'enfant naturel a droit à une réserve, ainsi que nous le démontrerons par la suite, nous sommes d'avis que les libéralités du père ou de la mère ne peuvent diminuer la part de l'enfant naturel que jusqu'à concurrence de la quotité qui lui est réservée, et qu'au cas de libéralités excessives l'action en réduction lui est accordée. Mais l'article 761 accorde au père et à la mère un moyen particulier qu'ils ne pourraient employer contre un enfant légitime et dont ils peuvent cependant user con-

tre leur enfant naturel pour diminuer d'une façon notable sa part légale héréditaire sans cependant se dépouiller au profit d'étrangers.

L'article 761 est ainsi conçu : « Toute réclamation est interdite aux enfants naturels ou à leurs descendants, lorsqu'ils ont reçu du vivant de leur père ou de leur mère la moitié de ce qui leur est attribué par les articles précédents, avec déclaration expresse de la part de leur père ou mère que leur intention est de réduire l'enfant naturel à la portion qu'ils lui ont assignée. » — Dans le cas où cette portion serait inférieure à la moitié de ce qui devrait revenir à l'enfant naturel, il ne pourra réclamer que le supplément nécessaire pour parfaire cette moitié.

Le moyen est, on le voit, facile ; mais l'article 761 déroge manifestement à deux dispositions d'ordre public écrites dans les articles 791 et 1130 du Code civil. Aux termes de ces articles, on ne peut renoncer à la succession d'un homme vivant, ni faire une stipulation sur une succession future, et cependant l'enfant naturel pourra renoncer à la succession de son père moyennant l'attribution qui lui sera faite par celui-ci d'une part de ses droits héréditaires. Deux motifs ont été indiqués pour justifier cette dérogation aux principes. — D'abord, a-t-on dit, le législateur a voulu engager les parents naturels à assurer à leurs enfants, et cela de leur vivant même, des ressources qui les mettent à l'abri du besoin ; cette première raison ne nous paraît guère plausible ; l'enfant naturel a, en effet, contre ses père et mère une action alimentaire, et se trouve par cela même suffisamment protégé du

vivant de ses parents; mais on sait que le partage est une opération difficile qui même, lorsqu'elle a lieu entre parents légitimes crée bien souvent des difficultés graves et des complications sérieuses; le législateur a craint que la présence d'un successeur irrégulier, *d'un enfant naturel*, n'amenât des froissements et ne vint augmenter encore les embarras du partage; il a dès lors, voulu éviter le contact des enfants naturels et de la famille légitime, et c'est pour cette raison qu'il a permis au père d'écarter du partage ses enfants nés hors mariage. Nous verrons bientôt que le but poursuivi par le législateur n'a pas été atteint, et que l'enfant naturel pourra toujours intervenir à l'opération dont on a voulu l'exclure pour s'assurer qu'il a bien reçu du vivant de son auteur la fraction de part héréditaire qui lui est accordée *au minimum* par l'art. 761. Il résulte de ce que nous venons de dire que la disposition de notre article est exceptionnelle et que, créée spécialement pour les enfants naturels, elle ne pourrait s'appliquer à la famille légitime; que par suite un père de famille qui aurait deux enfants ou deux héritiers collatéraux, ne pourrait repousser du partage l'un de ses héritiers présomptifs à l'aide du moyen indiqué dans l'article 761. Les exceptions sont de droit étroit, et ne peuvent être étendues en dehors des cas spécialement prévus par la loi.

Le droit de réduction de notre article est d'ailleurs soumis au concours de plusieurs conditions. Il faut : 1° Que l'enfant naturel ait reçu du vivant de ses père ou mère une portion de ses droits héréditaires, et que cette portion soit approximativement équivalente à la

moitié de ce à quoi il aurait eu droit; 2° il faut que le père, ou la mère, s'il s'agit de la succession de celui-ci, aient expressément manifesté la volonté de réduire l'enfant à cette part déterminée; 3° enfin, il est indispensable que l'attribution faite à l'enfant soit le résultat d'une donation entre vifs et que par suite son acceptation soit obtenue.

Nous allons reprendre ces diverses conditions et les examiner successivement :

1° L'enfant naturel doit avoir reçu la moitié de la part à laquelle il a droit aux termes de l'art. 757 et suivants, du vivant de ses père et mère; car, nous savons déjà que le législateur permet la réduction de la part de l'enfant pour que des ressources actuelles lui assurent des moyens d'existence. — Le père ne pourrait donc pas réduire par une disposition testamentaire la part de son enfant; il ne pourrait même pas, à notre avis, par une libéralité entre vifs, avec réserve d'usufruit, restreindre sa part à la moitié de sa portion héréditaire, car la donation n'atteindrait pas le but que se propose le législateur.

Mais quelle est précisément cette moitié à laquelle se réfère l'art. 761? Est-ce à la moitié de la part héréditaire ordinaire *ab intestat* de l'enfant naturel, ou à la moitié de sa réserve, car, nous l'avons déjà dit, nous admettons une réserve pour l'enfant naturel et nous pensons que cet enfant peut être réduit. En autres termes, le père naturel pourrait-il d'abord réduire l'enfant à sa réserve par des libéralités faites à des étrangers, puis lui faire subir une réduction nouvelle en lui appliquant la disposition de l'art. 761 et cumuler

par conséquent les deux modes de réduction des articles 761 et 913. Nous allons préciser notre pensée par un exemple : Un *de cujus* a laissé un frère légitime, un enfant naturel et une succession de 40,000 francs. La portion de l'enfant naturel étant de la moitié de la succession, ne pourra-t-il être réduit qu'à la moitié de cette moitié, soit 10,000 francs, ou bien devons-nous dire avec l'art. 913 que l'enfant naturel ayant pu être réduit, s'il eût été légitime, à 20,000 francs, et pouvant l'être à la moitié de cette somme à suite de sa qualité, soit à 10,000 francs, n'aura effectivement à recevoir que le huitième de l'hérédité totale par application de l'art. 761. Les résultats sont bien différents suivant qu'on admet le premier ou deuxième de ces modes de réduction ; dans un cas, la part de l'enfant est de 10,000 francs, dans l'autre elle n'est que de 5,000 francs.

Les partisans du cumul des deux réductions, invoquent un argument unique, mais qui leur paraît décisif, et c'est précisément dans l'art 761 qu'ils le trouvent. Le père et la mère, disent-ils, d'après le texte formel de la loi, peuvent réduire l'enfant naturel à la *moitié de ce qui devrait lui revenir*. Or, qu'est-ce qui devrait revenir à l'enfant naturel au décès de ses père et mère si ceux-ci avaient épuisé la quotité disponible, évidemment la réserve. L'art. 761 permet donc aux parents naturels de réduire leurs enfants à la moitié de la réserve. Si d'ailleurs, ajoutent-ils, on décidait d'une autre manière, on arriverait à une distinction qui n'est pas faite dans l'art. 761. D'après cet article, le père peut *toujours* réduire son enfant naturel ; or,

si l'art. 913 ne pouvait se cumuler avec notre disposition, qui ne voit que la réduction de l'art. 761 deviendrait impossible au père, qui aurait gratifié des étrangers jusqu'à concurrence de son disponible?

Malgré cet argument de texte et l'observation qui le suit, il nous est impossible d'admettre que le législateur ait voulu soumettre successivement l'enfant naturel à deux modes de réduction. Au texte de l'art. 761 *in fine*, nous opposons le texte du premier paragraphe au même article qui révèle la pensée du législateur. Que veut-il, en effet? que l'enfant naturel obtienne *la moitié de ce qui lui est attribué par les articles précédents*; or, à quoi se réfèrent les articles 757 et suivants qui sont précisément ceux dont il est question? Aux successions *ab intestat* et les règles qu'ils renferment sont surtout écrites en vue du cas spécial, où le *de cuius* serait décédé sans avoir fait des libéralités par actes entre vifs. Il est bien vrai, nous le reconnaissons sans peine, que ces mêmes articles s'appliquent au cas où le *de cuius* aurait fait des libéralités testamentaires ou des donations entre vifs qui auraient épuisé le disponible, mais c'est principalement la détermination de la part de l'enfant naturel dans la succession *ab intestat* que les articles 757 et suivants ont eu en vue; et pour que les père et mère puissent faire subir à leur enfant une double réduction aussi exorbitante, il faudrait que l'art. 761 le décidât en termes exprès et par exemple en déclarant que cet enfant ne peut avoir droit qu'à la moitié de la portion quelconque qu'il devrait avoir au décès de ses père et mère et c'est ce que notre article ne fait pas.

L'article 915 milite d'ailleurs en faveur de notre opinion. Qu'est-ce, en effet, que la *réserve*? Une quote part de l'hérédité *ab intestat*, dont le *de cuius* ne peut disposer entre vifs et par testament et que la loi assure toute entière à certains parents légitimes ou naturels. On ne peut donc pas réduire la réserve; comme le dit avec raison M. Demolombe, *une réserve réductible ne serait pas une réserve*. En conséquence, le père naturel pourra opter entre la réduction que l'article 915 lui accorde et celle qui lui appartient aux termes de l'article 761; mais il ne pourra jamais le cumuler, et s'il use du moyen de ce dernier article, il ne pourra le faire que jusqu'à concurrence de la moitié de la part héréditaire *ab intestat* déterminée pour l'enfant naturel par l'article 757 et suivants.

Il est presque inutile de dire que si l'article 761 impose au père de famille un maximum de réduction qu'il ne lui est pas permis de dépasser, rien dans la loi ne fait obstacle à ce qu'il se dépouille de son vivant au profit de son enfant naturel d'une quotité de biens plus grande que la moitié de la portion *ab intestat*, pourvu bien entendu qu'il ne dépasse pas les limites permises par l'article 759.

Le maximum de la réduction ne peut d'ailleurs être connu d'une façon certaine qu'au moment du décès du *de cuius*; ainsi il peut très bien arriver que le père de famille ait cru satisfaire pour le moment aux dispositions de l'article 761 eu égard à l'état de sa fortune à l'époque de la disposition et qu'au jour de son décès l'attribution faite à l'enfant naturel ne représente plus la moitié de sa part héréditaire. Il peut arriver,

par exemple, que le père naturel, qui avait des enfants légitimes lorsqu'il a fait application de l'article 761 à son enfant naturel, ne laisse à son décès que des collatéraux ordinaires, ou que sa fortune se soit augmentée postérieurement à la donation. Dans ces deux hypothèses la portion donnée à l'enfant ne représentera plus la moitié de la portion héréditaire ; qu'arrivera-t-il alors ? La dernière partie de l'article 761 répond à cette question. Cette attribution insuffisante ne mettra pas à néant la réduction et n'autorisera pas l'enfant à demander sa part entière *ab intestat*. Son droit se bornera à obtenir le supplément nécessaire pour parfaire sa moitié dans le cas où la portion à laquelle il a été réduit serait inférieure. L'application exacte de la loi entraîne fatalement l'immixtion de l'enfant naturel au partage de la succession entre les héritiers légitimes de son père ; il faut bien, en effet, qu'il intervienne à la liquidation de la succession pour constater si, eu égard aux biens laissés par le défunt, il se trouve dûment apportionné. Or, cette intervention nécessaire fait que le but poursuivi par le législateur ne peut être atteint. Nous avons déjà dit, en effet, que l'article 761 et la réduction qu'il autorise avait pour fondement le désir du législateur d'éviter le concours des enfants naturels et des parents légitimes au partage de la succession ; or, ce concours ne sera certes pas évité puisque les bâtards pourront toujours intervenir pour la détermination de leur part.

Pour déterminer la moitié à laquelle l'enfant a droit, il faudra nécessairement procéder à l'estimation des

biens qui lui ont été donnés et des biens qui restent dans la succession ; pour cette estimation on devra se placer au jour du décès et tenir compte de la valeur des biens à cette époque. Deux hypothèses pourront alors se produire : ou bien la part faite à l'enfant sera inférieure à ce qu'elle devrait être, et dans ce cas il aura droit à l'action en complément ; ou bien elle dépassera la moitié de la part héréditaire que lui attribue l'article 761. Dans ce dernier cas l'enfant naturel n'aura rien à rendre, car nous avons déjà constaté que rien n'empêche le père de famille de se montrer généreux au regard de son enfant. La donation ne pourrait donc être réduite que par application des principes combinés des articles 757 et suivants et 900 du Code civil.

2° Pour que le père ou la mère puisse réduire l'enfant naturel à la moitié de sa part héréditaire, il faut une manifestation expresse de leur volonté. Sur cette deuxième condition nous avons peu de choses à dire ; l'article 761 exige une *déclaration expresse de la part des père ou mère* ; il est donc indispensable que l'intention des parents de réduire l'enfant soit clairement manifestée ; mais la loi n'exige pas l'emploi des paroles sacramentelles, et dès lors quelle que soit la forme employée, pourvu qu'il n'y ait pas d'équivoque possible, les prescriptions du législateur seront fidèlement obéies. On comprend aisément la nécessité de la *déclaration formelle de volonté* requise par notre article. Il s'agit ici non pas d'un avancement d'hoirie proprement dit, d'une libéralité dans le sens technique du mot, mais d'une exhérédation partielle de l'enfant

naturel, et on conçoit que les motifs qui avaient poussé les jurisconsultes romains à contraindre les parents à procéder par voie d'exhérédation nominative, aient dicté en quelque sorte la décision de l'article 761 au point de vue qui nous occupe. Quel que soit, en effet, le motif qui légitime l'exhérédation totale ou partielle, l'exhérédation n'en est pas moins un acte fort grave, et on conçoit que le législateur ait écarté les équivoques ; elles deviennent impossibles avec l'article 761. Est-il besoin d'ajouter d'ailleurs que le doute dans notre hypothèse devrait s'interpréter en faveur de l'enfant naturel ?

5° Il est indispensable que l'attribution faite à l'enfant naturel par le père ou la mère soit le résultat d'une donation entre-vifs et que par suite il y ait eu acceptation.

Cette dernière condition d'exercice de l'article 761 qui nous paraît se justifier par le texte même de la loi, ainsi que nous le démontrerons tout à l'heure, est sérieusement contestée par bon nombre d'auteurs, et nous devons faire remarquer que leur opinion est confirmée par une jurisprudence qui, chaque jour, se prononce plus vivement.

D'après nos adversaires, ce n'est pas au moyen d'une donation acceptée que le père ou la mère doivent faire tenir à l'enfant la part restreinte que lui accorde notre article ; l'acceptation à leur sens est indifférente et la loi entend, au contraire, que la disposition faite par le père soit une sorte d'attribution dépendant absolument de l'autorité paternelle qui pourrait être faite malgré le refus de l'enfant.

Il résulte, en effet, des travaux préparatoires du Code et notamment des discours prononcés par MM. Simon et Chabot, les 26 et 29 germinal an XI, que le but du législateur, en autorisant le père ou la mère naturels à réduire la part de l'enfant, a été de leur permettre d'éviter un conflit entre lui et les parents légitimes lors du partage de la succession, et aussi de fournir à l'autorité paternelle un moyen énergique de retenir dans le devoir l'enfant naturel par la crainte de la réduction. — L'article 761, suivant nos contradicteurs, est une sorte de sanction du pouvoir disciplinaire des père et mère; or, la sanction serait inefficace si l'enfant naturel pouvait, par un acte de sa volonté, en arrêter l'exercice. Les termes mêmes de l'article sont d'ailleurs, ajoute-t-on, la reproduction la plus facile de la pensée du législateur. Les enfants naturels ne pourront rien réclamer au-delà de la moitié qu'ils auront reçue, avec déclaration expresse de la part de leurs père et mère que leur intention est de réduire l'enfant naturel à la portion qu'ils lui ont assignée. Le père a donc le droit d'assigner à son enfant une quote-part fixée par la loi; c'est pour lui une faculté et son libre exercice ne peut, on le comprend, être gêné par la volonté d'un tiers (1).

La doctrine que l'on nous oppose ne nous paraît pas fondée et nous allons essayer de prouver que les arguments dont on veut l'étayer ne résistent pas à un sérieux examen. Les prérogatives du chef de famille,

(1) En ce sens : Douai, 28 fév. 1834. — Toulouse, 29 avril 1846. — Metz, 27 janv. 1853. — Cass., 21 avril 1835. — 31 août 1847.

disent nos adversaires, seraient atteintes et son autorité pourrait être aisément violée si l'acceptation de l'enfant naturel était nécessaire; à cet argument nous pouvons répondre que, malgré la nécessité de l'acceptation, le pouvoir du père de famille est encore suffisamment étendu; il est encore plus grand que celui dont sont armés les parents au regard de leurs enfants légitimes. Nous savons, en effet, que la réduction dont parle notre article ne pourrait être offerte à l'enfant issu du mariage. Pourquoi? Parce que l'appât d'un don actuel pourrait pousser l'enfant à consentir sans réflexion; or, le Code permet à l'enfant naturel de s'exposer à ce danger, et autorise le père à le faire naître; on ne peut donc pas dire que la loi porte atteinte à l'autorité du chef de la famille.

Quant au texte de la loi qu'invoquent nos adversaires, il nous paraît la démonstration la plus nette du système que nous soutenons et se retourne invinciblement contre eux. Toute réclamation est interdite à l'enfant naturel *lorsqu'il a reçu* la moitié de ce à quoi il aurait droit de prétendre et cela du vivant de ses père et mère... *Lorsqu'il a reçu*, c'est-à-dire lorsqu'il a acquis la propriété de la moitié qui lui est attribué. Or, cette moitié il l'acquiert *inter vivos* et les modes d'acquérir entre-vifs exigent le consentement, le concours de volonté de celui qui reçoit, le mot *reçu* implique donc la nécessité de l'acceptation de l'enfant naturel. Quant au mode de transfert, quel pourrait-il être? Évidemment, une donation, et la donation est un contrat qui ne se forme que par l'acceptation du donataire, qui, par conséquent, pour sa per-

fection exigera le consentement de l'enfant naturel.

Notre démonstration se complète par le simple exposé des contradictions auxquelles le système contraire conduit nos adversaires au cas où l'enfant naturel refuse de recevoir la part qui lui est offerte.

Pour les uns, dans cette circonstance, le père naturel pourra vaincre les résistances de son enfant en lui faisant des offres réelles suivies de consignations. Mais alors le père est donc un débiteur, l'enfant un créancier, et son droit un droit de créance? Or, nous avons déjà dit, et nos contradicteurs l'admettent, pour la plupart, que le droit de l'enfant naturel est un droit de succession.

Pour d'autres, les tribunaux peuvent intervenir et accepter pour l'enfant en cas de refus de sa part. Nous avouons ne pas comprendre cette hypothèse singulière d'appropriation par autorité de justice.

Enfin, on est allé jusqu'à dire que l'enfant naturel ne peut être contraint d'accepter, mais que son refus ne peut porter aucune atteinte aux droits du père et doit par conséquent être considéré comme une renonciation de l'enfant à tous les droits qui lui sont conférés par la loi. Que fait-on dans ce dernier système de la condition à laquelle est subordonnée la réduction? Il faut que l'enfant ait reçu..... Or, ici, il n'a rien reçu, ce nous semble, il est purement et simplement exhé-rédé.

On voit quelles sont les incohérences auxquelles conduit fatalement le système de nos adversaires; ces contradictions et ces embarras sont à notre avis un

des motifs les plus puissants pour refuser de l'accepter.

Pour ceux de nos contradicteurs qui, avec la jurisprudence, admettent que l'acceptation de l'enfant naturel n'est pas nécessaire pour valider la réduction, il va de soi que la déclaration du père ou de la mère qu'ils entendent restreindre la part de l'enfant, peut avoir lieu après l'acte de donation ou d'attribution intervenu en sa faveur. Nous repoussons encore cette conséquence logique d'un principe erroné. Pour nous, la restriction autorisée par l'art. 761 doit être concomitante à la donation dont elle est une condition constitutive. L'enfant doit *avoir reçu avec déclaration expresse* : le texte est formel, et d'ailleurs la donation rend le donataire propriétaire, et perdrait son caractère d'irrévocabilité s'il dépendait du donateur de dépouiller le donataire de tout ou partie de ses droits. Nous n'hésitons même pas à soutenir que postérieurement à la donation, l'enfant ne pourrait pas utilement consentir à une offre de réduction qui lui serait faite par ses père et mère ; car, dans cette hypothèse, le pacte intervenu serait un pacte sur succession future, une sorte de renonciation à la succession d'un homme vivant, qui se produirait en dehors du cas d'exception prévu par l'article 761, et qui, par conséquent, devrait tomber sous l'application des principes écrits dans les art. 911 et 1150 du Code civil.

Une dernière question et nous terminons l'étude de l'article 761. L'enfant naturel peut être l'objet d'une réduction particulière ; mais à qui profitera la part qui lui est enlevée ? La question peut se poser à deux points de vue différents.

*Première hypothèse.* — Soit *Primus* père naturel de deux enfants ; il donne à l'un d'eux une somme équivalente à la moitié de la part à laquelle il aurait droit dans la succession *ab intestat* avec déclaration expresse qu'il entend le réduire à cette portion, et meurt laissant ces deux enfants naturels et un frère légitime qui était vivant au jour de la donation. La succession s'ouvre ; l'enfant naturel apportionné du vivant de son père ne peut y prétendre aucun droit, et les deux successibles sont le frère légitime et l'enfant naturel non apportionné. Mais il va se trouver dans la masse héréditaire une portion de biens provenant de la réduction subie par l'un des enfants naturels. Cette portion profitera-t-elle au frère légitime seul ou à ce frère et à l'enfant naturel non réduit ? Nous croyons que le frère légitime devra seul en bénéficier ; c'est en effet dans l'intérêt de la famille légitime que la réduction a été permise ; et d'ailleurs si l'enfant naturel profitait de la réduction subie par son frère, il arriverait qu'il pourrait recevoir un avantage plus grand que celui qui est autorisé par la loi et que l'art. 908 serait violé. A notre avis, cette solution ne saurait faire doute ; elle est cependant contestée dans l'hypothèse que nous avons choisie pour exemple par certains auteurs, qui l'admettent seulement au cas de concours d'un enfant naturel non apportionné avec des enfants légitimes du défunt.

Le motif de distinction nous échappe absolument : pourquoi la décision se modifierait-elle suivant la catégorie de parents légitimes laissés par le *de cuius* ? La réduction n'est-elle pas toujours permise dans l'in-

térêt seul de la famille légitime et la prohibition de l'article 908 cesserait-elle d'exister suivant que certains parents légitimes tels qu'ascendants ou collatéraux viennent à l'hérédité.

*Deuxième hypothèse.* — A défaut de parents légitimes laissés par le *de cuius*, la réduction subie par l'enfant naturel pourrait-elle être invoquée par les successeurs irréguliers, tels que le conjoint survivant ou l'Etat?

Prenons un exemple : *Primus* a un enfant naturel reconnu, il se marie et fait à son enfant une donation dans les termes de l'article 761, puis il meurt sans laisser de parents légitimes au degré successible, de telle façon que c'est son conjoint ou à défaut de celui-ci l'Etat qui se présentent pour recueillir la succession. — Sans doute, ces successeurs irréguliers pourront être écartés par l'enfant naturel dont la vocation est préférable ; mais ne pourront-ils pas demander à bénéficier de la réduction subie par l'enfant naturel ? Pour nous, la solution négative n'est pas douteuse ; la réduction a été admise pour éviter le concours des enfants naturels avec la famille légitime dans le partage de la succession ; elle n'est donc établie que dans l'intérêt de cette dernière ; et dès-lors, si à son décès le père naturel ne laisse aucun parent légitime qui vienne à la succession, le droit de l'enfant naturel s'exercera dans toute sa plénitude, et il peut, conformément au principe de l'article 758, recueillir toute la succession.

Il y a, cependant, quelques jurisconsultes qui opent pour l'affirmative, mais les solutions qu'ils propo-

sent différent, cependant, notablement les unes des autres.

Dans l'opinion d'un certain nombre, le conjoint et l'Etat peuvent bénéficier de la réduction autorisée par l'article 761. Cet article, en effet, n'établit pas de distinction et pose une règle uniforme applicable aussi bien dans le cas où le *de cujus* a laissé des héritiers légitimes que dans celui où il ne laisse que des successeurs irréguliers.

Pour certains autres, le conjoint survivant peut profiter de la réduction, mais cet avantage est refusé à l'Etat. — Ces deux opinions nous paraissent également inacceptables. — Le conjoint ou l'Etat ne sont appelés qu'à défaut de parents légitimes ou d'enfants naturels; or, si nous supposons un enfant naturel réduit et un autre enfant naturel non apportionné venant à la succession par préférence au conjoint et à l'Etat, il faudra nécessairement admettre que cet enfant naturel a les droits qui, en son absence, seraient attribués au conjoint, et par suite le faire bénéficier de la réduction. Or, est-il possible de détourner aussi manifestement la réduction du but unique et exceptionnel que le législateur a eu en vue ?

## POSITIONS

---

### DROIT ROMAIN.

1° Il faut avoir le soin de distinguer l'obligation naturelle de l'obligation morale.

2° Les héritiers peuvent inventer une action pour injures faites à la mémoire de leur auteur diffamé.

3° A Rome, le mariage n'était pas parfait par le seul consentement; il fallait encore que la femme fût à la disposition de son mari.

4° Nous ne pensons pas que le chapitre X de la Nouvelle 134 doive être interprété dans ce sens : que la femme adultère qui était enfermée dans un monastère subissait la peine du fouet.

5° La femme ne pouvait se plaindre principalement de l'adultère de son mari, mais elle pouvait demander le divorce pour cause de cet adultère, et alors il était infligé au mari les pénalités déterminées par la Nouvelle CXVII, chapitre 9, § 5.

### DROIT COUTUMIER.

1° La communauté mobilière ne vient ni du Droit romain, ni du Droit gaulois, ni du Droit germanique, elle dérive directement de la Mainbournie.

2° Après l'invasion des Germains dans la Gaule, le système en vigueur fut celui de la personnalité des lois.

## DROIT CIVIL.

1° L'enfant naturel a dans la succession de ses père ou mère une réserve dont la quotité se calcule conformément au principe qui sert à déterminer sa portion héréditaire.

2° L'enfant naturel peut exercer son état de réserve, non seulement sur les biens dont le *de cuius* a disposé postérieurement à la reconnaissance, mais encore sur ceux dont il s'est *antérieurement* dépouillé.

3° La possession d'état d'enfant naturel ne peut prouver la maternité indépendamment d'un commencement de preuve par écrit.

4° Les créanciers de celui qui renonce au *préjudice* de leurs droits ne peuvent se faire autoriser en justice à accepter la succession qu'en prouvant la fraude de leur débiteur.

5° Le tribunal français à qui un créancier demande de déclarer exécutoire un jugement rendu en pays étranger ne peut modifier ce jugement qu'autant qu'il contiendrait des dispositions contraires à l'ordre public.

6° Le voiturier perd le privilège qui lui est accordé par l'article 2402 du Code civil par cela seul qu'il s'est dessaisi de la chose voiturée et l'a délivrée au destinataire sans être payé.

## DROIT CRIMINEL.

1° L'article 56, § 6, au Code pénal doit être considéré comme modifié par la loi du 8 juin 1850.

2° La tentative non suivie d'avortement n'est pas punissable.

## PROCÉDURE.

1° Le défaut congé produit le simple relaxe du défendeur et ne donne pas ouverture à l'opposition.

2° Les exceptions de litispendance et de connexité peuvent être opposées en tout état de cause, mais le renvoi ne peut pas être ordonné d'office par le juge.

### DROIT COMMERCIAL.

1° La commission se distingue du mandat au point de vue de la commercialité ou de la non commercialité de l'acte.

2° La femme ne peut pas, à défaut de l'autorisation maritale, être habilitée à faire le commerce par une autorisation de justice.

3° L'engagement souscrit par un mineur commerçant ne doit pas être présumé fait pour les besoins de son commerce, à moins qu'il n'indique une cause commerciale et ne porte en lui-même la preuve de sa commercialité.

### DROIT ADMINISTRATIF.

1° Le chef de l'État ne peut refuser l'institution aux juges des tribunaux de commerce nommés par l'élection.

2° C'est au Conseil municipal qu'est réservé le droit de fixer la fermeture et l'ouverture des lieux publics; le maire, en aucun cas, ne pourrait faire une exception en faveur d'un établissement déterminé.

### DROIT INTERNATIONAL.

1° Après la déclaration de guerre, on ne saurait procéder à aucune confiscation à l'égard des étrangers.

2° Dans les pays où l'on exige, en matière criminelle, la comparution des témoins (Angleterre, États-Unis), l'ambassadeur accrédité auprès de ces États, ne sera jamais obligé de comparaître.

Vu : *Le Président de la Thèse,*  
MASSOL.

Vu : *Le Doyen de la Faculté,*  
DUFOUR.

Vu et permis d'imprimer :  
*Le Recteur de l'Académie,*  
DREISS.

---

« Les visas exigés par les règlements sont une garantie des principes et des opinions relatifs à la religion, à l'ordre public et aux bonnes mœurs (statut du 9 avril 1825, art. 11), mais non des opinions purement juridiques, dont la responsabilité est laissée aux candidats. — Le candidat répondra, en outre, aux questions qui lui seront faites sur les autres matières de l'enseignement. »

---

Cette Thèse a été soutenue en séance publique dans l'une des salles de la Faculté de Droit de Toulouse.

l'ouvrage de M. de ...  
par M. de ...

VII : La Prédiction de la Thèse.

L'ANNÉE 1835.

Les opinions de M. de ...  
sur la question de ...  
ont été ...

TABLEAU DES THÈSES

Les opinions de M. de ...  
sur la question de ...  
ont été ...

L'ANNÉE 1836

Les opinions de M. de ...  
sur la question de ...  
ont été ...