

L'EXHÉRÉDATION D'UN INSOLVABLE EN DROIT SUISSE

THÈSE

*présentée à la Faculté de Droit de l'Université de Neuchâtel
pour obtenir le grade de Docteur en droit*

PAR

JEAN BÉGUELIN

LICENCIÉ EN DROIT ET AVOCAT

PARIS

LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE DROIT & DE JURISPRUDENCE

Ancienne Librairie Chevalier-Maresq et C^e et ancienne Librairie F. Pichon réunies.

R. PICHON ET R. DURAND-AUZIAS, ADMINISTRATEURS

Librairie du Conseil d'Etat et de la Société de Législation comparée

20, RUE SOUFFLOT (5^e ARR^t)

1932

**L'EXHÉRÉDATION
D'UN INSOLVABLE
EN DROIT SUISSE**

La Faculté de Droit de l'Université de Neuchâtel, sur le rapport de M. le Professeur F. H. Mentha, autorise l'impression de la thèse de M. Jean Béguelin intitulée : **L'exhérédation d'un insolvable en droit suisse**. Elle ne donne ni approbation, ni improbation aux opinions émises, ces opinions devant être considérées comme propres à l'auteur.

Neuchâtel, le 19 décembre 1931.

Le Vice-Doyen de la Faculté de Droit,
Claude DU PASQUIER.

INTRODUCTION

1. — En commençant ce travail, notre intention était d'en consacrer l'introduction à un aperçu historique de l'exhérédation en droit suisse, et de faire, à cette occasion, quelques comparaisons entre notre droit et les principales législations étrangères. Mais M. Marc Ickowicz (1) ayant, tout récemment, traité ce sujet en détail, nous nous bornerons, sur ce point, à renvoyer le lecteur à cette étude et à celles plus anciennes de MM. Rosenberg (2) et Stadler (3), et nous ne retiendrons que les points qui nous ont paru plus particulièrement intéressants.

I

2. — L'ancien droit germanique, ne reniant pas ses origines patriarcales, fut, au début, hostile au testament. Pas plus qu'on ne pouvait choisir un héritier selon son

(1) ICKOWICZ, M., *De l'exhérédation en droit suisse*. Thèse de Genève. Genève, 1930.

(2) ROSENBERG, E., *Die Enterbung aus guter Absicht*, München, 1917.

(3) STADLER, E., *Die Enterbung im schweizerischen Zivilgesetzbuch*. Thèse de Zurich, Uster, 1910.

bon plaisir, on ne pouvait exclure de sa succession celui que la coutume y appelait. C'est tardivement, vers le ^{xiii}^e siècle et, sans doute, sous l'influence du droit romain et du droit canonique, que le testament fit son apparition (1).

Comme en Allemagne, il en fut ainsi en France, où ce n'est guère avant cette époque qu'il devint possible de priver l'héritier légitime d'une partie de la succession ; non seulement ce dernier a toujours droit à une réserve ou légitime, mais encore il peut attaquer, au moyen de l'*actio ab irato*, le testament par lequel le *de cuius* l'a privé du disponible, et il lui suffit, pour triompher, d'établir que le testateur ne l'avait réduit à sa réserve que par méchanceté (2). Au ^{xvi}^e siècle, l'exhérédation est possible pour le tout, à condition cependant qu'il y ait à cela de graves motifs, lesquels doivent être indiqués dans le testament. Au nombre de ces motifs figure la prodigalité, et l'ancien droit français parlait alors d'*exhérédation officieuse*. Cette institution ressemblait beaucoup à l'exhérédation du droit allemand actuel : les enfants de l'exhéréhé succédaient à la place de leur père, et celui-ci conservait l'usufruit de la succession sa vie durant, ou avait droit, tout au moins, à une pension alimentaire. Cela dura jusqu'à la Révolution de 1789. Les idéologues de cette époque s'en prirent, en effet à l'exhérédation, et le code Napoléon

(1) HEUSLER, A., *Institutionen des deutschen Privatrechts*, Leipzig, 1883, vol. II, p. 643 sq. ; SCHROEDER, R., *Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte*. Berlin et Leipzig, 1922, p. 827 et 828.

(2) BRISSAUD, J., *Manuel d'histoire du droit privé*. Paris, 1908, p. 621.

ne la connaît plus, pas même sous la forme d'exhérédation officieuse; on ne peut, actuellement, en France, défendre ses descendants contre les créanciers d'un enfant prodigue, en privant ce dernier de tout ou partie de sa réserve.

II

3. — Un rameau du droit germanique, le droit féodal, dont on ne s'occupe plus guère de nos jours, malgré l'intérêt qu'il offre à l'historien, plus rigoureusement logique et plus conservateur que le droit des campagnes et des villes, fut aussi plus lent à admettre le testament, et encore ne l'a-t-il jamais admis qu'en l'entourant de nombreuses précautions. Le droit romain a moins influencé le droit des fiefs que le droit civil, ce qui s'explique en partie parce que les fiefs, biens-fonds pour la plupart, étaient en mains des propriétaires terriens qui sont, habituellement, les éléments de la société les moins curieux de nouveauté; or, le droit féodal ne leur était pas seulement applicable, mais ils en faisaient eux-mêmes l'application. Dans les siècles qui ont suivi la réception du droit romain en terres d'Empire, le droit féodal, tout en évoluant, n'est pas sorti, dans ces mêmes pays, de ses cadres primitifs. Si parfois le mot *emphythéose* tend à se substituer à *fief*, il faut moins voir dans ce changement, purement terminologique, une influence matérielle du droit romain, qu'une confusion entre le contrat de droit féodal (contrat de fief) et le contrat de droit civil (contrat d'emphythéose); cette confusion s'explique naturellement par l'existence parallèle de ces

deux contrats et par l'imprécision qui régnait généralement dans le septième ordre des fiefs (1).

Le testament, pour ne pas nous éloigner davantage de notre sujet, n'était permis, en matière féodale, que dans quatre cas, et encore Corvinus (2) remarque-t-il, avant de les énumérer, qu'il s'agit d'une exception (*testamentaria successio regulariter in feudo locum non habet*), et après l'énumération : *extra quos casus nullus successioni ex testamento locus, etiam si ad pias causas vasallus disposuerit*. Quant à ces quatre cas de succession féodale testamentaire, les voici :

1. Cum vasallus testamento suo ei, qui alius iustitiae successioneis jure ad successionem feudi fuisset admissus, de feudo providit.

2. Cum de feudo, quod libere alienare potest, testatur.

3. Cum de antiquo quidem disposuit, sed dominus testamentum confirmavit : quia talis confirmatio retro trahitur, et mandato æquiparatur. Valet ergo dispositio, sed in præjudicium domini confirmantis, non agnatorum.

4. Cum vassillus de feudo, domino et agnatis præsentibus, nec contradicentibus, testatur.

De ces quatre cas de succession testamentaire, les trois derniers se prêtent à l'exhérédation, bien que, dans le quatrième, l'exhérédé, en tant qu'agnat, dût consentir, au moins implicitement, à sa propre exhérédation ; rien, d'ailleurs, ne s'opposait à ce que l'exhérédation revêtît le caractère d'une *exhereditatio bona mente facta*.

(1) SCHILTERUS, *Commentarius ad jus feudale alamanicum*. Argentorati, 1727, p. 126 sq.

(2) CORVINUS, *Jus feudale per aphorisma*. Amstelodami, 1680, p. 73 sq.

Particularité intéressante de l'exhérédation du droit féodal : elle faisait perdre à l'exhéredé, avec le fief, les accessoires héraldiques de ce dernier, le titre, le nom et les armes attachées à la terre ; les armes de famille, par contre, relevant, non pas du droit féodal, mais du seul droit héraldique qui n'a jamais admis le testament, ne pouvaient pas être enlevées à l'exhéredé par le testament du père ; elles se transmettaient d'une manière particulière, tenant le milieu entre la transmission du nom en droit moderne et la transmission des biens pour cause de mort (1).

Tel étant le droit d'Empire, le testament occupait une place encore moins considérable dans les coutumes féodales françaises, où cette institution paraît n'avoir pas eu d'autre objet que de permettre au *de cuius* de décider si ses nièces devaient succéder avec ses neveux, ou si, au contraire, ces derniers n'excluraient pas les femmes de la succession (2).

III

4. — En Allemagne, après la réception du droit romain, l'*exhereditio bona mente facta* passa dans le droit commun avec la signification très large qu'elle a dans le texte d'Ulprien (3), mais que le Code civil de 1896 a transfor-

(1) Nous conseillons au lecteur curieux de droit héraldique la lecture des ouvrages suivants : de SÉMAINVILLE, *Le code de la noblesse française*. Paris, 1860 ; NISOT, P. J., *Le droit des armoiries*. Bruxelles, 1924 ; HAUPTMANN, F., *Das Wappenrecht*, Bonn, 1896.

(2) De FERRIÈRE, C., *Traité des fiefs*. Paris, 1680, p. 563.

(3) L. 18, D. 28, 2 : *Multi non notæ causa exheredant filios, sed*

méc, en la réduisant aux limites fixées par le § 2338, en ces termes (1) :

Lorsqu'un descendant s'est livré à la prodigalité, ou se trouve obéré au point que ses biens à venir sont gravement compromis, le disposant peut réduire la réserve de ce descendant, en ordonnant qu'après la mort de celui-ci ses héritiers légitimes recueilleront la réserve qui lui appartient, comme substitués fidéicommissaires, dans la proportion de leurs parts légales.

Sans nous prononcer sur la question de l'opportunité d'une restriction du principe romain, nous ne pouvons nous empêcher de regretter que le législateur fédéral n'ait pas pris exemple sur cette disposition, quand il a rédigé l'art. 480 du Code civil suisse. En effet, le droit

ut eis consulant, ut puta impuberibus eisque fideicommissam hereditatem dant.

(1) *Bürgerliches Gesetzbuch für das deutsche Reich, § 2338 : Hat sich ein Abkömmling in solchem Masse der Verschwendung ergeben, oder ist er in solchem Masse überschuldet dass sein späterer Erwerb erheblich gefährdet wird, so kann der Erblasser das Pflichttheilsrecht des Abkömmlinges durch die Anordnung beschränken, dass nach dem Tode des Abkömmlinges dessen gesetzliche Erben das ihm Hinterlassene oder den ihm gebührenden Pflichttheil als Nacherben oder als Nachvermächtnissnehmer nach dem Verhältniss ihrer gesetzlichen Erbtheile erhalten sollen. Der Erblasser kann auch für die Lebenszeit des Abkömmlinges die Verwaltung einem Testamentsvollstrecker übertragen ; der Abkömmling hat in einem solchen Falle Anspruch auf den jährlichen Reinertrag. — Auf Anordnungen dieser Art finden die Vorschriften des § 2336 Abs. 1 bis 3 entsprechende Anwendung. Die Anordnungen sind unwirksam, wenn zur Zeit des Erbfalls der Abkömmling sich dauernd von dem verschwenderischen Leben abgewendet hat oder die den Grund der Anordnung bildende Ueberschuldung nicht mehr besteht.*

allemand, comme nous aurons l'occasion de le voir par la suite, évite bien des difficultés qui se présentent dans notre loi. Le code allemand, en particulier, laisse au juge la faculté d'apprécier *in concreto* si, oui ou non, l'exhéredé est ou n'est pas insolvable, sans laisser indirectement, comme fait le droit suisse, aux créanciers celle de frustrer le testateur de son motif d'exhéredation ; il résout heureusement la transmission de la part qui fait l'objet de l'exhéredation aux enfants de l'insolvable ; envisageant enfin l'institution sous le même angle qu'Ulpien, et donnant le pas aux intérêts du prodigue sur ceux de ses créanciers ou de ses héritiers, il lui réserve la jouissance de la part que lui enlève l'exhéredation, et dont la propriété se trouve ainsi soustraite à l'appétit de ses créanciers, aussi bien qu'elle est mise à l'abri de ses propres fredaines. Un père peut aussi, en droit allemand, protéger son fils, même si celui-ci est sans enfants, puisqu'il suffit qu'il ait un héritier légitime, et que, cet héritier, il l'aura toujours, ne fût-ce qu'en la personne de l'Etat. En d'autres termes, tandis que le législateur allemand demeure fidèle à la notion de l'*exhereditio bona mente*, nous verrons que le législateur fédéral l'a abandonnée pour adopter une sorte d'exhéredation *sui generis*, qui semble être un emprunt maladroit au droit zurichois, ou s'inspirer fâcheusement de la conception du Code civil français qui prévalait, avant 1912, dans certaines parties de la Suisse. Ce qu'il s'est proposé, en effet, c'est non plus de protéger l'exhéredé lui-même, comme le fait encore le droit allemand, mais les enfants de l'insolvable. Le testateur a naturellement toujours la faculté de régler, comme

il l'entend, l'attribution de son disponible et peut, dans cette mesure, sauvegarder les intérêts de son descendant insolvable, mais cette protection sera-t-elle pratiquement suffisante ? Cela dépendra de la fortune du testateur et de ce que vaudra le disponible.

IV

5. — Le Code civil français, le code de l'individu, bien qu'il n'ait, le plus souvent, mis en œuvre, dans sa construction, que des matériaux fournis par les institutions d'ancien régime, porte aussi, par endroits, la marque d'une prévention visible à l'égard de ces institutions. Il semble même que certaines restrictions à la liberté individuelle procèdent de la crainte de voir l'individu faire de sa liberté un usage qui serait un retour aux errements de la monarchie. C'est ainsi que le code Napoléon, conçu dans l'aversion du droit d'aînesse et des majorats, proscribit les substitutions fidéicommissaires, qui eussent permis de créer testamentairement des majorats, et en portant ainsi atteinte au principe de la liberté testamentaire, il se rapproche, toutes proportions gardées, du droit germanique primitif et du droit féodal qui tout en consacrant ces institutions, limitaient, eux aussi, la liberté du droit de tester. Dans un cas, cependant (1), le code fran-

(1) *Code civil français*, art. 1048 : Les biens dont les père et mère ont la faculté de disposer pourront être par eux donnés en tout ou en partie à un ou plusieurs de leurs enfants, par acte entre vifs ou testamentaire, avec la charge de rendre ces biens aux enfants nés ou à naître au premier degré seulement desdits donataires ou légataires.

çais autorise (à un seul degré il est vrai) la substitution fidéicommissaire : hostile au principe de l'exhérédation, il fournit au testateur qui éprouve le désir de protéger un descendant insolvable ou mauvais administrateur contre les conséquences de son impéritie ou de son imprévoyance, le moyen de le faire en grevant, mais dans la mesure de son disponible seulement, la part héréditaire de ce descendant d'une substitution fidéicommissaire en faveur des enfants de ce dernier. Dans ce système, les créanciers ne sont donc pas trop à plaindre, puisque la part qui leur est ôtée n'empire pas leur situation plus qu'elle ne le serait si leur débiteur était réduit à sa réserve ; d'autre part, l'intérêt de l'insolvable est sauvegardé puisque, comme en droit allemand, mais à la différence du droit suisse, il touchera, sa vie durant, une rente sur la part qui lui est enlevée, et qu'une partie au moins de cette rente ne sera pas saisie. La bonne intention du testateur aura ainsi sa récompense, et ce serait là de l'*exhereditio bona mente*, ...si c'était de l'exhérédation. Mais, comme la loi suisse, le code français vise, en réalité, à autre chose qu'à la protection de l'insolvable qu'il ne nomme même pas. S'il le protège en fait, ce n'est que par l'effet indirect d'une sorte de choc en retour. En quoi, semble-t-il dire, un insolvable mériterait-il la sollicitude de la loi, autrement que par les voies de l'interdiction, le cas échéant ? Le code français ne pense pas à lui, mais à ses enfants : l'insolvable, qu'importe ! ses enfants, c'est autre chose ! et s'il n'a pas d'enfants, pas de substitution ! Le droit allemand, au contraire, et aussi le droit autrichien, protègent principalement, et dans tous les cas, l'insolvable ;

en France, on protège les enfants, et l'insolvable ne l'est qu'indirectement, en Suisse seulement les enfants (1). Le droit suisse diffère encore du droit allemand, et se rapproche du droit français, quant à la situation faite aux créanciers de l'insolvable. Rien ne leur est laissé en droit allemand que la possibilité de saisir, dans une certaine mesure, ses revenus; la loi française et la loi suisse envisagent par contre, à ce qu'il semble, qu'un père n'a pas le droit d'empêcher que son patrimoine, après sa mort, ne serve, en partie tout au moins, à payer les créanciers de son fils; seulement la première leur abandonne toute la réserve et la seconde ne leur en laisse que la moitié.

(1) Demeure réservée, bien entendu, la faculté pour le testateur, d'user de son disponible comme bon lui semble.

CHAPITRE PREMIER

ÉTUDE DU PREMIER ALINÉA DE L'ARTICLE 480 C. C. S.

SECTION PREMIÈRE

CONDITIONS D'APPLICATION DE L'ARTICLE 480, al. 1, C. C. S.

6. — Nous traiterons ici des conditions exigées par la loi pour l'application de l'art. 480, al. 1. Elles sont au nombre de trois :

1. L'exhéréde doit être insolvable ;
2. il doit avoir un ou plusieurs enfants ;
3. la part enlevée à l'exhéréde doit être attribuée aux enfants de ce dernier.

Mais avant d'aborder cet examen, il convient, tout d'abord, de s'occuper de l'exhéréde lui-même.

§ 1. — L'exhéréde.

7. — Notre texte dispose expressément que « le descendant contre lequel il existe un acte de défaut de biens peut être exhéréde ». L'art. 477 est plus large, et permet, pour les causes qu'il prévoit, d'exhérer n'importe quel

héritier réservataire. Y a-t-il quelque motif plausible de distinguer ainsi entre les causes d'exhérédation de l'art. 477 et celles de l'art. 480 ? Pourquoi permettre, dans les cas visés par la première de ces dispositions, d'exhéréder tout réservataire et restreindre, dans celui de la seconde, l'exhérédation aux seuls descendants ? Le législateur ne s'est pas expliqué sur ce point : sans doute, semble-t-il, que, dans son esprit, la sollicitude du testateur exhérédant un insolvable doit s'étendre plus volontiers à la descendance de cet insolvable, qui est en même temps la sienne ; en effet, les autres héritiers, même réservataires, de l'exhéréhé, seront généralement moins chers au testateur ; on objectera qu'il peut en être autrement : que l'on pense, par exemple, au cas où l'exhéréhé a pour héritier un frère, lequel est aussi un descendant du testateur et peut être aussi cher à ce dernier que le seraient les enfants de l'exhéréhé. Cela est vrai, mais il n'est pas moins vrai que, dans ce cas, l'exhéréhé ne laisserait pas, du fait de son insolvabilité, son frère dans le besoin, comme il arriverait pour ses propres enfants. Nous ne pouvons pas, néanmoins, louer le législateur fédéral d'avoir, en cela, pris modèle sur les codes français, allemand et valaisan, plutôt que d'avoir suivi l'exemple du code zurichois qui, à la différence de ces autres droits, laissait au testateur la liberté d'exhéréder n'importe lequel de ses héritiers (1). C'était, à notre avis,

(1) *Code civil du Canton du Valais*, du 1^{er} décembre 1833, art. 615 : L'exhérédation d'un descendant peut aussi avoir lieu, lorsqu'on peut raisonnablement craindre que, par suite de la prodigalité ou de l'insolvabilité de celui qui est appelé à la succession,

beaucoup mieux. L'exhérédation, de l'art. 480, en effet, a pour but de soustraire une partie de l'héritage aux créanciers de l'exhéredé, au profit des enfants de ce dernier, parce que, dit M. Rossel (1), les spéculations sur des espérances successorales sont immorales. C'est bien également notre sentiment; mais, tout en observant que les créanciers peuvent être aussi de très honnêtes gens et non des spéculateurs immoraux (2), nous ne voyons pas qu'il y ait, le cas échéant, moins d'immoralité de la part des créanciers, à spéculer sur les espérances successorales d'un frère, d'un conjoint, ou même d'un ascendant, que sur celles d'un enfant. Sans doute, ces cas se présenteront-ils rarement. Cependant, une jeune femme, mariée à un homme très âgé et très riche, ne sera-t-elle pas parfois une proie bien tentante pour des usuriers? On dira que ce vieux mari, s'il a le désir très naturel de laisser ses biens à ses enfants plutôt que d'enrichir les fournis-

ses enfants ne soient privés de tout ou partie de la légitime qui lui revient. Mais cette exhérédation ne peut avoir lieu qu'au profit des enfants de l'exhéredé. Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Zürich (vom 4. September 1897) § 988 : Wenn gegen einen Erben der Konkurs durchgeführt ist, oder bloss wegen Mangels an Aktiven nicht durchgeführt wurde, so ist der Erblasser berechtigt, denselben von der Erbschaft auszuschliessen und seine Kinder an seine Stelle eintreten zu lassen.

(1) *Bulletin sténographique de l'Assemblée Fédérale, 1907, p. 297 sq.*

(2) L'art. 480 ne fait cependant pas cette différence; apparemment, espère-t-on que le testateur saura, au besoin, faire le départ des bons d'avec les méchants, et pourvoir à ce que ceux qui auraient avancé, dans une bonne intention, des fonds à l'exhéredé ne soient pas injustement frustrés de leur dû.

seurs de sa femme, peut l'intituer usufruitière de toute sa fortune; mais pourquoi ne pas lui permettre de l'exhérer, comme en droit zurichois? Les revenus représentés par un tel usufruit peuvent avoir, suivant les cas, une valeur considérable, dont la jeune femme risque de faire un très mauvais emploi, si même ils ne sont pas saisis par ses créanciers.

8. — L'exhéréhé doit être un descendant, mais la loi ne spécifie pas qu'il s'agit d'un descendant au premier degré, comme elle le fait pour le bénéficiaire de l'exhéréhé : le testateur a donc la faculté d'exhérer, le cas échéant, ses petits-enfants ou ses arrière-petits-enfants. D'ailleurs, on admet aussi, en général, que la demi-réserve de l'exhéréhé peut être laissée, non seulement à ses enfants au premier degré, mais encore aux descendants de l'enfant exhéréhé.

9. — *Quid des descendants illégitimes?* — L'exhéréhé doit être un descendant du testateur, mais tous les descendants peuvent être exhéréhés aux termes de l'art. 480 : non pas seulement les légitimes, mais aussi les illégitimes, pour autant, toutefois, que ces derniers aient des droits de succession dans la famille du testateur. Un enfant naturel ne peut, dès lors, être exhéréhé par son père que s'il a été reconnu ou mis au bénéfice d'un jugement déclaratif de paternité (C. C. S., art. 461 et 323 sq.). Il est alors assimilé à un légitime, sauf et réservé le cas où, concourant avec des légitimes, il n'a droit qu'à la moitié de la part afférente à chaque enfant légitime.

10. — Quant aux parents maternels, ils peuvent toujours exhérer un enfant naturel, qui a les mêmes droits

de succession qu'un légitime dans la famille de sa mère.

11. — *Quid des enfants adoptifs ?* — 1. D'une manière générale, leur situation diffère suivant qu'on les considère dans leur famille naturelle ou dans leur famille d'adoption.

Un enfant, quand bien même il a été adopté, conserve, dans sa famille naturelle, tous ses droits de succession. L'art. 480 lui sera donc naturellement applicable, s'agissant de la succession d'un ascendant, dont il descend par le sang. En sera-t-il de même dans sa famille adoptive, où sa qualité d'enfant ne résulte pas des liens du sang ? Il n'est pas question, à l'art. 480, de n'importe quel héritier réservataire, mais uniquement des *descendants* : le législateur apporte ici une restriction au principe général de l'art. 477. Jusqu'où cette limitation doit-elle s'étendre ? Peut-on admettre qu'un enfant adoptif est un descendant, ou faut-il n'appliquer ce terme qu'à la seule parenté du sang ?

Ne parle-t-on pas couramment de *fils* adoptifs ? l'adoption n'a-t-elle pas pour but de créer, à celui qui en est naturellement dépourvu, une descendance artificielle ? aux termes de l'art. 268, al. 1, C. C., l'adopté ne devient-il pas héritier de l'adoptant ? oui, sans doute ; et il serait certainement utile de permettre à ce dernier d'utiliser contre lui les foudres de l'exhérédation, lorsque, postérieurement à l'adoption, l'incapacité ou la conduite de l'adopté déçoivent les espérances de l'adoptant ? Cette utilité subsiste, nonobstant la possibilité de révoquer l'adoption en pareil cas. Il ne faut pas oublier, en effet, que l'art. 480 (telle est, du moins, la *ratio legis*) entend

protéger les descendants de l'exhéredé contre les créanciers de leur père ; les enfants et tous les descendants de l'adopté ont, dans la succession de l'adoptant, de par l'art. 465, al. 1, les mêmes droits que les descendants légitimes ? Et ce sont eux précisément que, très souvent, l'adoptant aura le désir de défendre contre les créanciers de l'adopté. L'exhéredation lui en fournirait le moyen, alors qu'une révocation agirait à contre-fin.

12. — On ne saurait, toutefois, arguer de cet art. 465, al. 1 pour prétendre que l'enfant adoptif est un descendant ; une telle assimilation serait, d'autre part, difficilement conciliable avec les art. 100 et 129 C. C. Aussi bien le législateur ne le traite-t-il pas absolument sur le même pied que l'enfant légitime : il autorise les dérogations conventionnelles en matière successorale (C. C. art. 268, al. 3) ; il n'en fait l'héritier que du père adoptif à l'exclusion des parents de ce dernier (art. 268, al. 1). Que décider, dès lors, en ce qui concerne l'exhéredation au sens de l'art. 480 ? Admettre, avec M. Tuor, la possibilité de cette exhéredation au profit des descendants de l'adopté, serait plus équitable. Refuser, par contre, au testateur, le droit de l'exhéredéer en s'appuyant sur le fait que l'adopté n'est pas un descendant serait plus logique. Entre l'équité et la logique, le juge fera bien, sans doute, de prendre conseil de l'équité, et d'admettre que le testateur a, ne fût-ce que par analogie, le droit d'exhéredéer un enfant adoptif pour protéger les enfants de ce dernier.

13. — II. Qu'en est-il, d'autre part, dans le cas spécial où l'insolvable a été adopté par un descendant du testateur ? L'adopté n'est pas ici un héritier du testateur ; à

teneur de l'art. 268, al. 1, il ne devient, en effet, l'héritier que de son père adoptif, et non point celui des parents de ce dernier. Le testateur n'a donc pas besoin de l'exhé-réder.

14. — *Quid*, par contre, si c'est le père adoptif qui est insolvable, et non l'adopté? Ce dernier comptera-t-il pour un enfant de l'insolvable, et pourra-t-il bénéficier de l'application de l'art. 480? Nous ne le croyons pas, car le testateur n'aura pas, dans la règle, intérêt à protéger quelqu'un qui n'est pas son héritier.

15. — *Quid des descendants eux-mêmes issus d'un exhé-rédé?* — Cette question ne nous arrêtera pas longtemps. Le testateur ne saurait exhé-réder l'enfant d'un fils déjà exhé-rédé, sans manquer à la condition posée par l'art. 480 que la part de l'exhé-rédé doit revenir à tous ses descendants. Pourtant, il n'est pas impossible que le proverbe « tel père, tel fils » rencontre ici sa réalisation. Si le testateur a un fils succombant sous le poids de tous les actes de défaut de biens existant contre lui, si cet enfant prodigue a lui-même un fils à son image, et de ce fils des petits-enfants sages et économes, ne conviendrait-il pas que le testateur pût laisser son bien directement à ses arrière-petits-fils selon son cœur, qui courent double danger d'être un jour dans le besoin?

§ 2. — Le descendant exhé-rédé doit être insolvable.

16. — *Généralités.* — L'insolvabilité, voilà la première condition posée par la loi pour l'application de l'art. 480, C. C. : « Le descendant *contre lequel il existe des actes de*

défaut de biens peut être exhérédé... ». L'existence d'actes de défaut de biens, telle est la condition primordiale de cette exhérédation. En existe-t-il contre un héritier, celui-ci donne prise à l'exhérédation ! Il n'a peut-être eu que le tort de penser que l'argent est fait pour rouler, ou de n'en pas bien connaître la valeur, ou d'avoir eu de la malchance en affaires, comme il peut arriver à chacun, même au notaire le plus consciencieux, et le plus pénétré des vieux principes, si fâcheusement délaissés aujourd'hui, d'ordre et d'économie. Et pourquoi cet héritier peut-il être privé partiellement de ses droits successoraux ? Serait-ce qu'il a déshonoré son nom en ne faisant pas face à ses engagements, et sera-t-il déshérité au même titre que le descendant coupable d'un grave forfait envers le testateur ? Nullement ! L'exhérédation de l'art. 480 n'a pas le caractère d'une peine, comme celle de l'art. 477. Elle doit être faite, au contraire, *bona mente* ; non qu'il doive y avoir *exhereditatio bona mente* au sens de la doctrine, mais le testateur doit être animé d'une bonne intention, sinon envers son héritier, du moins envers les enfants de celui-ci, et c'est, apparemment, ce qu'ont voulu dire aussi le conseiller rapporteur Hoffmann et MM. Rossel et Mentha en parlant d'*exhereditatio bona mente* (1). Aussi bien, en disant qu'elle doit être faite dans une bonne intention, ne demandons-nous pas mieux que de considérer les paroles de M. Hoffmann comme un vœu, et de souhaiter avec lui que l'art. 480 reçoive toujours son application au profit des

(1) *Bulletin sténographique de l'Assemblée Fédérale*, 1907, p. 294 sq. ; ROSSSEL, V. et MENTHA, F. H., *Manuel de droit civil*. Lausanne et Genève, 1922, vol. II, p. 89.

enfants de l'exhéréhé. Mais ce n'est là, malheureusement, qu'un vœu ; rien n'empêche, en effet, dans les termes de l'art. 480, un testateur de voir dans l'insolvabilité de son fils un outrage à la bonne renommée de la famille, et de l'exhéréhé, alors même que cette exhéréhéation ne serait pas nécessitée par l'intérêt des enfants de ce fils (1). Bien que non conforme à la *ratio legis*, cette exhéréhéation serait cependant parfaitement conciliable avec la rédaction de l'art. 480.

17. — Assurer un certain patrimoine aux enfants d'un insolvable, telle est la *ratio legis* de cette disposition ; dès lors, l'insolvabilité apparaît, non plus comme une faute à la charge de l'exhéréhé, mais comme un fait malheureux. Au lieu de transmettre à sa postérité ce qu'il a lui-même reçu dans l'état où il l'a reçu, il l'expose à l'action de ses créanciers. On ne lui demande pas, d'ailleurs, comme dans la parabole évangélique, de faire fructifier son talent, on ne lui demande même pas de se comporter aussi bien que le serviteur infidèle et de rendre le talent tout entier ; qu'il en remette simplement la moitié ! A-t-il, par contre, à son passif des actes de défaut de biens qui compromettent la part que la loi estime devoir revenir à ses enfants, alors il a donné la preuve de son incapacité à assumer le rôle d'intermédiaire entre les générations qui l'ont précédé et celles qui le suivront,

(1) Nous pensons au cas, par exemple, où l'enfant prodigue se serait amendé et où son passif, supérieur au quart de son droit héréditaire, n'excéderait cependant pas la moitié de sa réserve. Le mobile de l'exhéhéation de l'art. 480 deviendrait alors du même ordre que dans l'espèce de l'art. 477.

et le testateur a le droit, sans être retenu par ce chatnon généalogique, de transmettre directement aux enfants de l'incapable.

18. — Mais si tel est bien le but de l'art. 480, pourquoi se borner à exiger, comme condition première de l'application de cette disposition, l'*insolvabilité*, et même l'*insolvabilité* spéciale résultant de l'existence d'actes de défaut de biens ? Il n'est pas besoin, en effet, d'être insolvable pour mettre en danger l'héritage de ses enfants, il suffit d'être prodigue. Qu'un héritier soit atteint du virus communiste, et que son héritage ne le guérisse pas (cela s'est vu), il pourra partager le patrimoine de ses enfants sans avoir jamais eu le moindre passif ! De même, et sans donner complètement dans les doctrines d'extrême-gauche, ni jamais dépenser plus qu'il n'a, un héritier peut fort bien gaspiller tout ce qu'il a et mettre ainsi en péril l'héritage que le testateur eût été désireux de voir parvenir à ses petits-enfants. Or, tant que le prodigue n'est pas notoirement insolvable, il ne court aucun risque d'exhérédation ; il peut être mis sous tutelle, mais cela est bien autre chose, car beaucoup hésiteront à suivre une procédure de ce genre, particulièrement pénible, qui met au jour nombre de faits qu'une famille préfère, en général, garder pour elle seule, alors que l'exhérédation ne révélerait aucun de ses secrets à la curiosité et à la malignité du public. Sans doute, l'exhéréde peut-il contester la légitimité de l'exhérédation, et ce serait le procès quand même. Il est à noter, cependant, que dans le cas de l'exhérédation le procès n'est pas inévitable, comme dans celui de la mise sous tutelle, et que, de plus, les conditions

de la validité de l'exhérédation sont assez précises pour rendre inutile l'étalage complet de tous les vices de l'exhé-
rédé, étalage que commande, en général, le souci de faire
aboutir une demande de mise sous tutelle. L'exhérédation
laisse de côté l'ivrognerie et l'inconduite.

19. — Le code zurichois (§ 988) pose aussi, comme
condition première de l'exhérédation, l'insolvabilité de
l'héritier ; qu'il nous soit permis de préférer la solution
plus large du code civil allemand (§ 2338), du code
valaisan (art. 615) et du code tessinois (art. 495) qui auto-
risent l'exhérédation même en cas de simple prodiga-
lité (1).

20. — *L'héritier n'est insolvable, au sens de l'art.
480, que s'il existe des actes de défaut de biens contre
lui.* — Non seulement le législateur n'a pas admis la
simple prodigalité comme raison suffisante de l'exhéreda-
tion, mais encore faut-il que l'insolvabilité soit maté-
riellement constatable par la présence d'actes de défaut
de biens. Les juges se réjouiront peut-être de n'avoir pas
à se torturer l'esprit pour apprécier, dans chaque cas
particulier, si l'exhéredé est réellement insolvable. La
seule question, en effet, qui se pose à eux est celle de
savoir si, oui ou non, il existe contre lui des actes de

(1) Cf. *supra*, p. 6, note 1 et p. 12, note 1 : *adde* : *Codice civile della Repubblica e cantone del Ticino*, del 13 novembre 1884, art. 493 : *Se l'erede necessario fosse prodigo o talmente aggravato di debiti che la di lui legittima sarebbe assorbita nella maggior parte dalle passività, il testatore puo diseredarlo, lasciando la legittima ai di lui figli. In questo caso il diseredato avrà diritto agli alimenti come all'art. 497.*

défaut de biens. Cela peut être pratique : on évite des contestations, on supprime l'arbitraire. Mais n'est-ce pas oublier que, si bien ordonnée soit-elle, aucune tête de législateur ne saurait prévoir toutes les contingences de la vie, et qu'il y a quelque danger à les enfermer dans les limites d'un texte trop précis ? De même aussi que la vie évolue au jour le jour, un code est exposé à se démoder, à s'user, et cette usure se manifeste d'autant plus rapidement que ses formules sont moins souples et moins susceptibles d'adaptation. Pourquoi faire une distinction entre l'insolvable qui fait opposition au commandement de payer et celui qui en est à l'acte final de la poursuite ? Est-il plus insolvable alors qu'au début ? ou serait-ce qu'on doit le tenir pour moins incapable, au début, de transmettre l'héritage de son père à ses enfants ?

21. — D'ailleurs, et toute question de théorie législative et d'équité mise à part, le législateur, par l'exigence des actes de défaut de biens, a compromis l'utilité de l'art. 480 ; en effet, comme le font très justement remarquer les auteurs, le créancier d'un héritier se gardera de pousser la poursuite jusqu'à l'acte de défaut de biens (1), puisque, ce faisant, il met dans la main du testateur l'arme avec laquelle celui-ci pourra le frapper. L'exhérédation se trouve ainsi dépendre du bon plaisir du créancier ; rares dès lors ceux qui ont l'occasion de la rencontrer dans la pratique ; cela nous est arrivé une fois, mais un

(1) Si l'enfant a un certain actif, il peut arriver que ses créanciers le poursuivront jusqu'au bout, sans égard à une possibilité de semi-exhérédation ; un *tiens* vaut mieux que deux : *tu l'auras* !

arrangement a rendu sans objet l'intervention des tribunaux (1).

22. — *Les actes de défaut de biens.* — C'est de l'existence de ces titres, tels que les définissent la loi sur la poursuite pour dettes et la faillite (art. 149), la doctrine et la jurisprudence (2) que l'art. 480 C. C. fait dépendre la possibilité d'exhérer un insolvable. Ces titres sont de deux espèces : actes de défaut de biens définitifs et actes de défaut de biens provisoires (3). L'art. 480 parle d'actes de défaut de biens, sans préciser davantage ; à s'en tenir au texte légal, il n'y a donc pas lieu de distinguer, et l'acte de défaut de biens, même provisoire, justifie l'exhérédation (L. P., art. 114 et 115). D'un point de vue, par contre, de la *ratio legis*, la question est fort discutable : la loi exige-t-elle les actes de défaut de biens pour éviter qu'un héritier qui n'est pas insolvable soit exhérédié, l'acte de défaut de biens est-il une preuve absolue de l'insolvabilité, il est clair qu'il ne remplit cette fonction que s'il est définitif ; n'est-il, au contraire, qu'un critère plus ou moins approximatif de

(1) Si le débiteur est sujet à la faillite, il est probable qu'il sera mis en faillite, malgré la présence d'un ascendant riche. L'insolvabilité peut aussi résulter du fait que le descendant est associé dans une société mise en faillite.

(2) JÄGER, C., *Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite*, édition française par PETITMERMET, R. et BOVAY, H. Lausanne, Genève (1920 sq.), ad art. 149, 114 et 115.

(3) Si l'acte de défaut de biens est seulement provisoire, on sait qu'il y aura très probablement un découvert, mais on ignore de combien. L'acte de défaut de biens provisoire ne permet pas de calcul. Mais il ne tardera pas à faire place à l'acte de défaut de biens définitif, ou à être supprimé par le paiement complet du créancier. Il faudra surseoir jusqu'à ce moment.

de cette insolvabilité, un acte de défaut de biens provisoire peut remplir ce rôle aussi bien que tout autre acte de la poursuite. Nous pensons qu'en pratique les juges auraient raison de donner aux actes de défaut de biens provisoires la même valeur qu'aux actes définitifs. Le créancier n'est que trop favorisé déjà, puisque, conduisant la poursuite à son gré, il a la faculté, en ne la poussant pas jusqu'à l'acte de défaut de biens, d'empêcher l'exhérédation.

23. — *Nombre d'actes de défaut de biens requis pour légitimer l'application de l'art. 480 C. C., et montant auquel ils doivent atteindre.* — « S'il existe des actes de défaut de biens... » dit la loi ; *des actes* : à s'en tenir à une interprétation littérale, il en faut au moins deux pour justifier ce pluriel. Et cependant s'il est un domaine où la quantité ne fait pas la qualité, c'est bien celui des actes de défaut de biens. La loi, ne cherchant apparemment qu'à procurer une marque tangible de l'insolvabilité, pourquoi cette exigence serait-elle nécessaire ? deux actes ensemble valent moins qu'un seul, s'il est délivré pour un somme plus considérable. Nous verrons, en étudiant le second alinéa de l'art. 480, que le législateur a su employer une formule plus complète quand il s'agit de la caducité de l'exhérédation : l'exhérédation devient caduque, en effet, si au moment de l'ouverture de la succession, la somme pour laquelle les actes de défaut de biens (n'y en eût-il qu'un seul) existent encore n'exécède pas le quart du droit héréditaire de l'exhéredé. Serait-il possible, que le législateur ait voulu, dans le premier alinéa de l'art. 480, conditionner l'exhérédation par le

nombre des actes de défaut de biens ? Nous ne le croyons pas, et l'interprétation littérale aboutirait à une inconséquence, ce qui doit la faire abandonner. Pourquoi, cependant, le législateur n'a-t-il pas dit « s'il existe *un ou plusieurs* actes de défaut de biens... » ?

§ 3. — L'exhéredé doit avoir des enfants.

24. — La seconde condition prévue par la loi, pour qu'un testateur puisse exhéredé son descendant insolvable, c'est que ce dernier ait des enfants. Elle parle d'enfants nés et d'enfants à naître; examinons chacune de ces deux catégories.

25. — *Les enfants déjà nés.* — En parlant d'enfants nés et à naître, le législateur sous-entend forcément une limite dans le temps entre les uns et les autres, mais il ne s'est pas mis en peine de la préciser et, devant ce silence, on en est réduit aux suppositions. Faut-il entendre par enfants nés, ceux qui ont vu le jour avant la mort du testateur, ou ceux-là seulement qui sont venus au monde avant la confection du testament ?

26. — L'art. 480 disant que le testateur peut exhéredé son fils, à condition que la part dont il est exhéredé soit attribuée aux enfants nés ou à naître, il semble bien qu'il s'agit ici d'enfants nés au moment de l'attribution et, comme cette attribution, condition imposée par la loi au testateur, n'est pas une attribution légale, mais testamentaire, ou pourrait en inférer que les enfants nés sont ceux qui vivent au moment de la confection du testament. Cette solution, cependant, conduirait, comme nous allons le

voir, à un résultat fort peu harmonieux, dans le cas où les enfants nés viendraient à mourir avant le testateur. Un autre inconvénient, c'est que si, comme nous allons le voir aussi, l'existence d'enfants nés est une condition d'application de l'art. 480, cette condition aurait moins de chance de réalisation du fait que les enfants, qui naîtraient entre la rédaction du testament et la mort de son auteur, rentreraient déjà dans la catégorie des *nascituri*. Nous verrons, en outre, quelles complications résulteraient du choix de ce moment, en étudiant les moyens de faire parvenir leur part aux enfants. Dans ces conditions, placer la limite entre les enfants nés et les enfants à naître au moment de la mort du testateur nous paraît une solution plus simple et plus pratique (1). Il est d'ailleurs de tradition, croyons-nous, en matière de dispositions pour cause de mort, de les interpréter, *in dubio*, en se rapportant à ce moment.

27. — Pourtant, il faut reconnaître qu'à s'en tenir strictement au texte, c'est la première de ces deux interprétations qui devrait l'emporter, et il est permis de regretter que le législateur ne se soit pas prononcé d'une manière plus précise en faveur de la seconde. Nous regrettons surtout qu'il ait laissé au testateur le soin d'attribuer la demi-réserve aux enfants de l'exhérédé ; n'eût-il pas été plus simple de procéder ici, comme à l'art. 478, al. 3, par une attribution légale, ce qui eût exclu toute espèce de controverse ? Le législateur aurait pu dire, par exemple : « Cette

(1) TUOR, P., *Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch* (Gmür), *Erbrecht*, Bern, 1929, ad art. 480, note 40.

exhérédation n'est possible que dans le cas où l'exhéredé a des enfants... ». L'attribution de la demi-réserve fût automatiquement résultée de l'art. 478, al. 3, et si on avait voulu protéger aussi, comme en droit français, les enfants à naître, il eût suffi de le spécifier en ces termes : « ils ont droit, de même que leurs frères et sœurs puînés, à la demi-réserve ».

28. — Le texte français attribue la demi-réserve aux enfants nés *ou* à naître ; les deux autres textes parlent, au contraire, d'enfants nés *et* à naître. D'après le texte français, le testateur peut exclure, si bon lui semble, une des deux catégories d'enfants : d'une part, disposer en faveur des déjà nés, à l'exclusion de ceux qui pourraient naître, ou inversement ; d'autre part, si l'exhéredé n'a pas encore d'enfants, au profit des enfants à naître, auquel cas l'exhérédation sera valable, à condition qu'il ait des enfants par la suite. Toutefois, comme il n'est pas croyable que la première de ces conséquences ait été voulue par le législateur, la préférence doit, indubitablement, être donnée aux textes allemand et italien (1). Ce n'est pas à dire qu'ils soient eux-mêmes à l'abri de toute critique ; sans doute, ils n'autorisent pas le testateur à préférer les *nati* aux *nascituri*, ou inversement les *nascituri* aux *nati*, mais c'est à eux tous que la demi-réserve élevée à l'insolvable doit être attribuée, et cela n'est possible que s'il existe des enfants déjà nés pour recevoir la part dont leur père est

(1) MENTHA, F. H., *De la réserve des héritiers et de la quotité disponible dans le code civil suisse*, dans *Journal des Tribunaux et Revue judiciaire* du 30 mai 1908, p. 305 sq. ; ROSSEL, V. et MENTHA, F. H., *op. cit.*, p. 60 ; ICKOWICZ, M., *op. cit.*, p. 65 et 66.

exhérédié. C'est donc que l'existence d'enfants nés est une condition d'application de l'art. 480. Sans partager la superstition égalitaire, qui semble avoir, dans ce domaine, inspiré le législateur français, nous ne pouvons nous empêcher de trouver injuste et illogique d'empêcher les enfants à naître de bénéficier de l'exhérédation de l'art. 480, quand le ciel ne leur a pas accordé le bonheur d'avoir des frères ou sœurs aînés. Pourquoi leur refuser une protection dont les *nati* peuvent, eux, bel et bien se prévaloir, alors même qu'ils n'ont pas de cadets. A notre avis, il eût été plus simple de ne pas s'occuper des enfants à naître ; mais puisque le législateur, dans son souci d'égalité a tenu à étendre sur eux comme sur les *nati* sa sollicitude, n'aurait-il pas dû assurer les mêmes avantages aux uns et aux autres ? A cela s'ajoute que, si l'exhéredé n'est encore père que d'un seul enfant né, l'exhérédation, à suivre la lettre de l'art. 480, serait impossible, puisque le législateur, dans les trois langues de ce texte, parle des *nati* au pluriel. Nous nous refusons, cependant, à croire que cela ait été dans son intention ; pourquoi, en effet, un enfant né ne serait-il protégé que s'il a un frère ou une sœur ? ce serait une absurdité, et nous préférons nous expliquer cette tournure de phrase par la difficulté, si tant est qu'on y ait pensé et qu'on l'ait essayé, de trouver une formule qui conciliât la concision et l'exactitude juridiques avec un minimum d'élégance littéraire. M. Tuor (1), dans son commentaire, MM. Rossel et Mentha (2), dans

(1) Tuor, P., *op. cit.*, ad. art. 480, note 4.

(2) Rossel, V. et Mentha, F. H., *op. cit.*, vol. II, p. 60.

leur traité, admettent qu'il suffit d'un enfant déjà né pour valider l'exhérédation d'un insolvable; nous pensons qu'ils ont raison; tel est aussi le sentiment de M. Ickowicz (1). Ce dernier exclut, d'autre part, de la catégorie des *nati*, les enfants conçus, sans se laisser arrêter par le prestige du vieux brocard : *nasciturus pro jam nato*. C'est oublier l'autorité que lui confère, en Suisse, l'art. 544 C. C. en ces termes : « l'enfant conçu est capable de succéder, s'il naît vivant ». En vertu de cette disposition, l'exhérédation sera seulement grevée d'une condition, dans le cas où l'exhéréhé attendrait un enfant, et elle sortira effet, *extante conditione*, si le ou les posthumes naissent en vie.

29. — *Les enfants à naître*. — Il résulte, de ce que nous avons dit plus haut, que les enfants à naître sont ceux qui ne sont pas encore nés ou conçus à la mort du testateur. Il n'est pas nécessaire qu'ils naissent pour que l'exhérédation soit valable, moyennant que le testateur leur attribue, à eux aussi, pour le cas où ils naîtraient, la part enlevée à l'exhéréhé. Leur existence n'est donc pas une condition d'application de l'art. 480, et ils ne nous intéressent pas ici; mais nous aurons l'occasion d'en reparler plus loin, et de constater le cruel embarras qu'ils causent, pour diverses raisons, à l'interprète de cette disposition (2).

(1) Ickowicz, M., *op. cit.*, p. 66.

(2) On peut aussi se demander, comme M. Tuor (*op. cit.*, p. 187), si l'exhérédation ne profite pas toujours aux descendants des enfants nés et morts avant le testateur; M. Tuor l'admet, et nous sommes de cet avis, car il y a lieu d'appliquer ici l'art. 478, al. 3. Si même

§ 4. — La part enlevée à l'héritier exhérédé doit être attribuée à ses enfants.

1. — ATTRIBUTION ET CALCUL

30. — *Attribution.* — La seconde condition exigée par la loi pour l'exhérédation de l'art. 480, c'est que les enfants de l'exhéredé reçoivent la part de la réserve enlevée à leur père. S'il faut, comme nous l'avons dit, chercher la *ratio legis* de cette disposition dans la protection de leurs intérêts contre les créanciers paternels, n'est-il pas bien naturel que le législateur ait pensé à le spécifier dans le premier alinéa de l'art. 480 ? oui, sans doute ; mais il est toujours dangereux, dans un texte de loi, de répéter, à peu de chose près, ce qu'on vient de dire. Or, c'est à courte distance que l'art. 478, al. 3 avait dit déjà que « les descendants de l'exhéredé ont droit à leur réserve, comme s'il était prédécédé ». Le législateur ayant ainsi atteint son but, n'eût-il pas suffi, dès lors, à l'art. 480, de prévoir l'exhéredation de l'insolvable, dont la part aurait automatiquement passé à ses enfants ? Evidemment, en ce qui concerne les enfants déjà nés, qui auraient ainsi eu droit à la demi-réserve ; mais les enfants à naître se trouvent bien de l'art. 480, et on ne saurait parler de superfétation à leur égard.

l'exhéredé n'a pas eu d'autres enfants, nous supposons donc le cas où il n'aurait, par exemple, plus que des petits-fils, ses fils étant morts avant le testateur, l'exhéredation restera valable ; ce seront les petits-enfants qui hériteront de la demi-réserve enlevée à l'insolvable.

31. — Au surplus, à notre sens et, croyons-nous, de l'avis de chacun, l'art. 480 déroge fâcheusement, sur plus d'un point, à la règle générale de l'art. 478. Cet article 478 dispose qu'en cas d'exhérédation d'un héritier, « les *descendants* » de celui-ci « ont droit à leur réserve, comme s'il était prédécédé ». Les descendants : expression générale ; le prédécès de l'exhéredé étant supposé, la procédure à suivre est connue, tout est simple. Or, à l'art. 480, on précise que la part enlevée à l'exhéredé sera attribuée aux *enfants nés et à naître* de celui-ci : il ne s'agit plus de tous les descendants, mais seulement des enfants ; pourquoi cette différence que rien ne justifie, et dont on ne saurait tenir compte dans la pratique ? M. Tuor (1) admet que les enfants prédécédés sont remplacés par leurs descendants selon l'ordre de la succession légale. C'est aussi notre avis. Surtout, il faut regretter que, sous la fâcheuse influence du droit français, on ait consacré cette assimilation des enfants à naître aux enfants nés. Sans doute, le législateur de l'art. 480, qui avait en vue la protection des enfants de l'insolvable, a cru bien faire, plutôt que de favoriser les aînés au détriment de leurs cadets, en sauvegardant les intérêts de tous les enfants. C'était logique de ce point de vue, mais non pas à d'autres égards, puisque c'était aussi traiter les enfants à naître de l'exhéredé pour cause d'insolvabilité, autrement que les enfants à naître de descendants exhéredés pour d'autres motifs. Ce qui est plus grave, c'est qu'appelant à la succession des personnes encore inexistantes, le légis-

(1) Tuor, P., *op. cit.*, ad. art. 480, note 13.

lateur n'a pas pris soin de régler la situation créée par cette anomalie, et qu'il a ainsi ouvert la porte aux difficultés très grandes dont nous parlerons plus loin. Enfin, tandis que l'attribution de l'art. 478 est une attribution légale, celle de l'art. 480 est une attribution testamentaire : « le descendant... peut être exhérédé... à condition que cette moitié soit attribuée... » ; la loi, on le voit, érige bien en condition de l'exhérédation, cette attribution, qui doit être faite par le testateur, car si elle découlait de la loi, elle serait la conséquence, non la condition de l'exhérédation. Cela nous amène à observer que le testateur doit spécifier (1) qu'il entend laisser la demi-réserve aux enfants de l'exhéredé, à peine de nullité de l'exhérédation pour n'avoir pas satisfait aux conditions prévues par la loi. Sans doute le testateur pourrait-il se borner à dire qu'il entend faire application, à son descendant insolvable, de l'art. 480 C. C., mais il ne suffirait pas que, sans se référer à cette disposition, il exhéredât, pour la moitié de sa réserve, son fils parce qu'il est insolvable. Le législateur a-t-il vraiment ainsi voulu soumettre la validité de l'exhérédation à ce qui nous paraîtrait une formalité bien inutile ? Il faut le croire, bien que nous ne trouvions pas à cette exigence d'autre justification que le désir hypothétique d'attirer l'attention du disposant sur le but de son acte qui doit être, non pas de priver l'exhéredé de

(1) CURTI-FORRER, E., *Commentaire du code civil suisse* (trad. PORRET, M. E.), Neuchâtel, 1912, p. 380, note 4. M. Curti-Forrer admet, et nous sommes d'accord avec lui, que l'exhérédation et l'attribution de la demi-réserve aux enfants de l'exhéredé doivent être faites dans le même acte.

la moitié de sa réserve, mais d'assurer un patrimoine aux enfants.

32. — *Calcul de la part.* — La loi impose au testateur l'obligation de laisser aux enfants de l'insolvable la moitié de la réserve de ce dernier.

Cette réserve se calcule conformément aux art. 470 sq. du Code civil. Elle est, pour un enfant, des trois quarts de son droit héréditaire *ab intestat* (art. 471, ch. 1); la moitié de la réserve équivaut donc à la moitié des trois quarts, soit les trois huitièmes de ce droit héréditaire.

33. — Supposé que le père de quatre fils laisse une fortune de 400.000 francs; chaque fils a droit à 100.000 francs; s'il en exhérede un à raison de son insolvabilité, celui-ci n'aura plus droit qu'aux trois huitièmes de 100.000 francs, soit 37.500 francs, et ses enfants recevront la même somme; les deux huitièmes restant, soit 25.000 francs, rentrent donc dans le disponible, et le testateur peut aussi, si telle est sa volonté, les laisser aux enfants de l'exhéredé, ce qui porterait leur héritage à 62.500 francs. On devrait aussi, à notre avis, interpréter en ce sens la volonté d'un testateur qui n'aurait rien prévu quant au sort de son disponible.

II. — MOYENS DE FAIRE PARVENIR LEUR PART AUX ENFANTS DE L'EXHÉRÉDÉ

34. — *La doctrine actuelle : la substitution fidéicommissaire.* — MM. Rossel et Mentha, Escher, Tuor, Sta-

dlar, Ickowicz (1) préconisent, comme moyen la substitution fidéicommissaire ; mais elle ne s'applique, aux termes des art. 488 sq., que difficilement au cas de l'art. 480. Les enfants nés avant la mort du testateur acquièrent leur part comme des héritiers ordinaires ; mais ceux qui, par contre, naissent postérieurement à l'ouverture de la succession n'ont plus cette qualité. Voilà une fâcheuse inégalité de traitement. M. Ickowicz (2) fait observer que l'appelé, ne pouvant être grevé, à son tour, de l'obligation de remettre la succession à un second appelé, on ne comprend pas comment le premier enfant né après l'ouverture de la succession pourrait être contraint de partager avec un second enfant né après lui. Cette remarque est absolument juste ; aussi faudrait-il, pour échapper à cette critique, retarder l'ouverture de la substitution jusqu'au moment où de nouveaux enfants ne seront plus à craindre, c'est-à-dire jusqu'à la mort de l'exhéréde et sous réserve des conçus. C'est donc que les enfants nés à l'ouverture de la succession, et grevés de la substitution, garderont toute la demi-réserve jusqu'à la mort de leur père et ne devront la partager avec leurs frères et sœurs cadets qu'à ce moment-là, ce qui constitue une ériante injustice. L'exhérédation doit, selon l'art. 480, traiter de la même manière tous les enfants de l'exhéréde. Il y a donc incompatibilité entre cet article et l'art. 480, al. 2.

(1) ROSSEL, V. et MENTHA, F. II., *op. cit.*, vol. II, p. 60 ; TUOR, P., *op. cit.*, ad. art. 480, note 18 ; ESCHER, A., *Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch*, Zurich, 1912, vol. III, *Erbrecht*, ad. art. 480 ; STADLER E., *op. cit.*, p. 107.

(2) ICKOWICZ, M., *op. cit.*, p. 67.

M. Escher (1), il est vrai, ne se fait pas scrupule d'é luder la règle de l'art. 488, al. 2, et de rompre ainsi le cadre d'une disposition pourtant impérative de la loi.

35. — M. Mentha (2) a suggéré ici l'idée d'appliquer, peut-être, l'art. 554 et de recourir à l'administration d'office de la succession. En effet, le chiffre 3 de cet article serait bien en place, si les enfants à naître étaient des héritiers. Mais ils ne le sont pas, et même l'application de cette disposition par voie d'analogie laisserait subsister ce gros inconvénient que tous les ayants droit à la demi-réserve seraient condamnés à attendre, pour la toucher, que les enfants à naître fussent tous connus. Cet expédient, en outre, ne dispenserait pas de recourir à la substitution, pour donner aux *nascituri*, qui ne sont pas héritiers, le droit de réclamer une part de la succession.

36. — D'autre part, l'application de l'art. 393 C. C., suggérée aussi par MM. Rossel et Mentha (3), n'évite pas non plus la nécessité de recourir à la substitution pour donner un fondement juridique au droit des *nascituri*, ni les difficultés de partage et de repartage, et l'on peut se demander si, vraiment, le soin de gérer cette demi-réserve n'incombe à personne, ce qui devrait être le cas pour qu'on pût faire état de cette disposition, puisque les *nati* sont, non seulement héritiers ordinaires, mais grevés de substitution pour le reste.

37. — Il peut encore se présenter des complications d'un autre ordre, par exemple, en cas de précédés d'un

(1) ESCHER, A., *op. cit.*, ad. art. 488, note 5, *in fine*.

(2) MENTHA, F. H., *op. cit.*, p. 303 sq.

(3) ROSSEL, V. et MENTHA, F. H., *op. cit.*, vol. II, p. 60.

des enfants : le père hérite alors en tous cas pour partie ce dont l'enfant avait lui-même hérité ; en ce qui concerne la part frappée de substitution, il prend seulement la place du grevé et doit des sûretés en vertu de l'art. 489, al. 2. Mais, comment saura-t-on jamais ce qu'il a hérité, ce dont il est grevé de substitution et quelles sûretés il doit fournir, puisque ce sont là autant de questions insolubles de son vivant ? Enfin, nous verrons plus loin que, pour permettre aux enfants à naître d'entrer en possession de leurs parts avant la mort de leurs aînés, il faut une disposition expresse du testament, à laquelle le disposant peut fort bien ne pas penser.

38. — Il est clair que la substitution fidéicommissaire n'a pas été conçue en vue de l'art. 480 et que, pour l'appliquer à l'exhérédation d'un insolvable, on est obligé, sous peine de tomber dans l'iniquité ou dans l'inconséquence, de sortir, en plus d'un endroit, des limites dans lesquelles le législateur l'avait circonscrite.

39. — Comme qu'on retourne la question, on ne parvient pas à lui donner une solution satisfaisante, et l'on doit regretter que le législateur, rédaction réservée, n'ait pas, sur ce point au moins, laissé à l'art. 480, al. 1, la teneur qu'il avait dans le projet de la Commission du Conseil des États : « les enfants de l'exhéredé institués héritiers sont tenus de partager leur part successorale avec leurs frères et sœurs puînés », sauf à spécifier que les *nati* pourraient être astreints à garantie. Mais il eût été encore plus pratique, à notre avis, de suivre le droit allemand et de laisser à l'exhéredé toute sa réserve, en la grevant simplement d'une substitution fidéicommiss-

saire, dont les appelés eussent été les héritiers légitimes de l'exhéréde, notamment les descendants. Toutes ces difficultés concernant la transmission de la part aux enfants à naître auraient ainsi été évitées. Tel n'étant pas le cas, et en présence de ces difficultés, nous nous sommes demandé, à l'instigation de M. Mentha, si le meilleur moyen de réaliser l'intention véritable du législateur ne serait pas de recourir à l'institution de la fondation de famille.

40. — *La fondation de famille.* — Nous n'aurons pas de peine, croyons-nous, à démontrer que, grâce à cette institution, les inconvénients que nous a révélés l'examen du système traditionnel de la substitution fidéicommissaire peuvent être éliminés.

41. — Qu'a voulu le législateur en prescrivant la destination que le testateur doit donner à la demi-réserve ôtée à l'insolvable ? Que tous les enfants de l'exhéréde, enfants à naître comme enfants nés, soient traités de la même manière. Dans son idée, ils ont tous des droits égaux, et ces droits sont fixés, non pas à la mort du testateur, mais à celle de l'exhéréde ; pratiquement, le partage entre les enfants ne peut donc intervenir qu'à ce moment, tandis qu'en théorie, les enfants nés sont entrés en possession à l'ouverture de la succession. Ce qui importe, dès lors, pour sortir de cet embarras, c'est de trouver un moyen de retarder le partage entre les enfants, jusqu'au moment où il peut avoir lieu pratiquement. Ce moyen, la loi ne nous l'offre-t-elle pas elle-même dans la fondation de famille ? celle-ci recueillera la demi-réserve comme grevée d'une substitution fidéi-

commissaire, l'administrera, en partagera, chaque année, les revenus entre les bénéficiaires de la fondation, puis la répartira, à la mort de l'exhéredé, entre tous ses enfants vivant à ce moment. Ainsi, les enfants auront tous également qualité d'appelés; la substitution à plusieurs degrés sera évitée; elle s'ouvrira normalement à la mort de l'exhéredé (1); le père exhéredé ne récupérerait rien de la demi-réserve en cas de prédécès d'un de ses enfants, puisque celui-ci serait mort avant l'ouverture de la substitution; enfin, la situation serait nette et précise. Comme toute médaille a son revers, ce système n'est, d'ailleurs, pas non plus à l'abri de toute critique, et nous y reviendrons; il convient, au préalable, d'en esquisser le mécanisme.

42. — La fondation joue le rôle d'intermédiaire entre le testateur et les enfants de l'exhéredé qui ne sont pas encore tous connus. Elle est grevée de substitution fidéicommissaire (2) en faveur des enfants à naître, lesquels sont appelés à recevoir la demi-réserve à l'ouverture de la substitution, c'est-à-dire le jour où l'exhéredé ne pourra plus avoir d'enfants. A ce moment, la fondation remplira

(1) Il va de soi, que, s'il y a des enfants conçus, on attendra, pour faire le partage, de savoir à quoi s'en tenir.

(2) Cette substitution fidéicommissaire n'est, pratiquement, pas indispensable à la transmission de la demi-réserve aux enfants par le moyen d'une fondation de famille: il suffirait, en effet, de donner comme but à la fondation, de transmettre la demi-réserve aux enfants de l'exhéredé lorsque ceux-ci seront tous connus; mais la substitution conserve aux enfants la qualité d'héritiers au moins indirects; ainsi se trouve évitée une critique théorique que l'on pourrait faire à ce système, et dont nous parlerons plus loin (cf. *infra*, n° 43).

sa dernière fonction, en répartissant la demi-réserve entre ces derniers. Le partage n'offrira plus de difficulté, puisque les ayants droit seront connus. Par ce partage, la fondation elle-même aura mis fin à son existence : ayant atteint son but, elle a cessé de vivre. Elle n'avait pas d'autre but, en effet, que de conserver et de gérer la demi-réserve aussi longtemps que les appelés n'étaient pas tous connus, puis de la partager entre eux dès qu'ils le seraient. Cela fait, elle se trouve dissoute de plein droit, à teneur de l'art. 88 du code civil.

Bien que cette procédure paraisse très simple au premier abord, des cas spéciaux peuvent se présenter, à l'occasion desquels surgissent certaines difficultés, et que nous allons examiner ; mais comme une fondation de famille, intermédiaire entre le testateur et les enfants de l'exhéredé qu'elle dépouille de leur qualité d'héritiers directs, n'est nullement prévue à l'art. 480, il y a lieu de se demander, au préalable, si cet art. 480 est conciliable avec une *parcille interposition*.

43. — L'art. 480 prescrit que la demi-réserve doit être attribuée aux enfants de l'exhéredé ; l'art. 478, al. 3, d'autre part, pose le principe général qu'en cas d'exhéredation les descendants de l'exhéredé deviennent *héritiers*, en lieu et place de l'exhéredé, comme si ce dernier était prédécédé, et on a toujours admis que ses descendants étaient héritiers *réservataires*. Dès lors, est-il loisible de rendre la fondation, qui est un tiers, directement héritière, en ne laissant à ces descendants que la qualité d'appelés à une substitution fidéicommissaire ? Dans le principe, nous voyons bien ce qu'il y a de choquant à

introduire ici ce nouvel héritier dont la personnalité ne se confond pas, juridiquement, avec celles des ayants droit, bien qu'il intervienne uniquement pour leur conserver la demi-réserve, tant qu'ils sont encore incertains. Il y a là une difficulté théorique, mais outre son peu d'importance pratique, elle est moins sérieuse qu'on ne pourrait le croire à première vue. Le législateur de l'art. 480, en effet, ne s'est pas prononcé sur le caractère de l'attribution de la demi-réserve, et ce qui importe avant tout, c'est de procurer la réalisation de ses intentions non douteuses. S'il fallait pour les réaliser, s'affranchir de certaines dispositions de la loi, l'introduction de cet héritier temporaire et intermédiaire nous semblerait bien moins hétérodoxe que la substitution à plusieurs degrés du système généralement admis : la loi, en effet, par une norme impérative interdit cette substitution, tandis qu'elle n'attribue pas directement la demi-réserve aux enfants nés et que, de toute façon, l'attribution ne peut être qu'indirecte pour les enfants à naître. Il n'est donc pas arbitraire, ni contraire à l'esprit de l'art. 480 d'accepter un système qui traite tous les enfants de l'exhéredé comme on a toujours, jusqu'ici, traité les *nascituri* ; bien au contraire, la fondation a le mérite de faire disparaître, sur ce point, l'inégalité entre les deux catégories d'enfants.

44. — Au surplus, il convient de remarquer qu'en fait on ne verrait guère les descendants de l'exhéredé diriger l'action de l'art. 82 C. C. contre la fondation qui sert leurs intérêts, sans les compromettre ou les diminuer en rien ; ni les autres héritiers, ni les créanciers n'ont inté-

rêt non plus à l'attaquer, puisqu'une telle initiative aurait pour effet de faire attribuer la demi-réserve, non pas à eux, mais aux enfants directement.

Ce n'est pas là qu'il faut chercher les grosses difficultés.

45. — Que décider par contre si, pendant la durée de la fondation, un des enfants vient à mourir? S'il laisse une postérité, ses descendants, pensons-nous, le représenteront. A défaut de descendants, son père exhéredé, du fait de l'existence de la fondation, est sans droit à sa part de la demi-réserve qui profitera aux autres appelés vivant à l'ouverture de la substitution, car l'enfant décédé avant ce moment, n'a rien recueilli du tout. Cela nous paraît conforme au but du législateur. *Quid*, d'autre part, si tous les enfants sont morts avant le moment de l'ouverture de la substitution? S'ils ont eux-mêmes laissé des descendants, ceux-ci les représenteront. Qu'advient-il, par contre, de la demi-réserve, si aucun descendant ne leur survit? L'art. 492, al. 1 sera-t-il applicable? Les biens substitués seront-ils dévolus au grevé? En d'autres termes, la fondation conservera-t-elle la demi-réserve? Comment cela serait-il possible? En pareil cas, il ne peut y avoir lieu à ouverture de la substitution, et le but de la fondation ayant cessé d'être réalisable elle est dissoute de plein droit, conformément à l'art. 88, al. 2 C. C. Mais quel sera alors le sort de la demi-réserve? La loi est muette à cet égard; l'art. 57, al. 1 C. C., en effet, est ici sans application, parce que la fondation ne relève, par son but, d'aucune corporation publique. Dès lors, il convient de rechercher l'intention probable du législateur (C. C., art. 1, al. 2). Or, cette intention, d'ailleurs con-

forme à l'intention probable du fondateur, eût été, pensons-nous, si le cas avait été prévu, de faire parvenir la demi-réserve aux héritiers des enfants appelés, comme si ces derniers en avaient hérité purement et simplement à la mort du testateur (cf. C. C., art. 57, al. 2). Au surplus, ce dernier, pour lever toutes les hésitations et éviter des contestations sur ce point délicat, fera bien de le régler lui-même, dans ses dispositions de dernière volonté, en prescrivant que les biens de la fondation, au cas où tous les descendants de l'exhéredé viendraient à mourir avant le moment de l'ouverture de la substitution, seront remis à leurs héritiers.

46. — On peut encore se demander si, au regard des art. 81, al. 1, 83 et 87, il n'est pas nécessaire que le testateur prévoie, avec une précision qui risque de ne pas se rencontrer toujours dans la pratique, toute l'organisation de la fondation ou, tout au moins, la fondation elle-même en termes exprés. Le disposant, qui teste en la forme olographe ne sera, évidemment, pas assisté, en toutes circonstances, d'un homme de loi pour le conseiller, et il serait souhaitable que la fondation pût fonctionner *ipso jure* ; mais pourrait-on donner l'être à la fondation, sans que le fondateur l'eût prévue expressément.

47. — En ce qui concerne les exigences de l'art. 81, al. 1, on peut bien alléguer que le testateur, par cela seul qu'il invoque, dans son testament, l'art. 480, manifeste sa volonté d'assurer au mieux l'application de cette disposition et, conséquemment, de créer la fondation ; la loi ne prescrit, en effet, pour cette création, aucune formule spéciale : il suffit que, d'une manière ou d'une autre, le

fondateur affecte des biens à un but spécial, mais nous pensons, non sans regrets, que l'acte de volonté positif du fondateur est nécessaire pour appeler la fondation à la vie. Cela, d'ailleurs, serait pratiquement sans grande importance, car il ne servirait de rien d'avoir, en la forme, créé valablement une fondation, si cette fondation ne pouvait pas fonctionner, parce que le fondateur n'en aurait pas, dans son testament, prévu l'organisation, ou chargé de cette organisation un exécuteur testamentaire (1).

48. — L'art. 83, al. 1 prescrit, en effet, que l'acte de fondation indique les organes de celle-ci et le mode d'administration; mais l'absence de cette indication ne constitue pas une informalité irritante, entraînant la nullité de l'acte, puisque l'alinéa 2 de ce même article donne à l'autorité de surveillance le pouvoir de prendre, en pareil cas, les mesures nécessaires. Cet alinéa résoudrait donc la difficulté de la manière la plus satisfaisante, si on pouvait en faire l'application à toutes les fondations. Or, à l'encontre de l'opinion de MM. Rossel et Mentha (2), cela nous paraît impossible, en ce qui concerne les fondations de famille (3) : non seulement l'art. 87 les sous-

(1) A défaut d'exécuteur testamentaire, le testateur fera bien de régler en détail l'organisation de la fondation, et s'il a désigné un exécuteur testamentaire, il agira prudemment, en prévision d'un refus, ou d'une incapacité, ou du prédécès de cette personne, en lui en substituant une ou plusieurs autres.

(2) ROSSEL, V. et MENTHA, F. H., *op. cit.*, vol. I, p. 180.

(3) M. F. GERHARD, (*Die Familienstiftung nach Z. G. B.*, dans *Z. f. schw. Recht*, 1930, p. 137) est aussi de cet avis, regrettant, comme nous, de ne pouvoir en adopter un autre, mais pour cette

trait au contrôle de l'autorité de surveillance, mais encore et surtout, nous ne voyons pas comment on pourrait, alors que la fondation ne relève par son but d'aucune corporation publique, déterminer cette autorité au sens de l'art. 84. Faut-il, comme le suggèrent MM. Rossel et Mentha, faire, en cette matière, du Conseil communal l'autorité compétente? Ne pourrait-on pas aussi conférer l'administration de la fondation à un curateur nommé, comme il est prévu à l'art. 393, ch. 4, par l'autorité tutélaire, à la requête d'un intéressé ou d'office? Ce curateur, quoique portant un autre nom, ferait certes aussi bien qu'un directeur nommé par le testateur; mais la curatelle de l'art. 393, ch. 4 étant, comme les curatelles le sont en général, une mesure provisoire, serait-il admissible de faire vivre ainsi une fondation sous le régime d'une curatelle perpétuelle? Cela est douteux, bien que la fondation, au sens où nous l'entendons ici, soit elle-même une mesure provisoire, au caractère de laquelle participerait nécessairement la curatelle.

SECTION DEUXIÈME

LES EFFETS DE L'EXHÉRÉDATION DE L'ARTICLE 480 C. C. S.

49. — Ces effets ne se manifestent pas seulement à l'égard de l'exhéréde, mais aussi à l'égard de ses enfants et de ses créanciers.

autre raison qu'on utilise parfois les fondations de famille pour éluder certaines dispositions légales et se soustraire aux exigences fiscales.

§ 1. — Effets de l'exhérédation quant à l'exhéréhé.

50. — *Il est exhéréhé.* — Certains auteurs considèrent l'institution de l'art. 480 comme une réduction de réserve *sui generis*, plutôt que comme une exhéréhé véritable. Cet insolvable duquel le testateur rogne la réserve de moitié tout en lui laissant l'autre moitié, ne semble pas répondre, à leurs yeux, à la notion de l'exhérédation : l'insolvable, en effet, n'est pas mis hors de la succession ; il y reste pour la moitié de ses droits et, du point de vue doctrinal, nous admettons volontiers que l'art. 480 vise une institution d'un genre spécial, à laquelle le nom d'exhérédation ne s'applique pas bien. Mais notre législateur a rangé l'art. 480 sous la rubrique *exhérédation* ; s'il ne s'est pas soucié de l'étymologie, c'était, sans doute, son droit, et ne devons-nous pas l'imiter en admettant, avec lui, que l'insolvable de l'art. 480 s'appelle, en droit suisse, un exhéréhé aussi bien que celui de l'art. 477 ? Nous touchons ici une question intéressante, celle du rapport de l'art. 480 avec l'art. 269.

51. — L'art. 269 C. C., à propos de la révocation de l'adoption, dispose en effet qu'elle « est prononcée par le juge, à la demande de l'adopté, s'il existe de justes motifs ; elle est prononcée à la demande de l'adoptant, si ce dernier est en droit d'exhéréhé l'adopté. Et le dernier alinéa de cet article ajoute qu'elle est définitive. L'adoptant peut-il, dans ces conditions, invoquer l'insolvabilité comme un motif de révocation de l'adoption ?

52. — MM. Silbernagel et Weber (1) estiment que l'art. 480 vise bien une exhérédation, mais qui n'est que partielle (ce en quoi ils ont raison), alors que, pour révoquer l'adoption, l'adoptant doit être en mesure d'exhérer complètement l'adopté; d'où suit qu'il ne peut invoquer que les causes de l'art. 477.

M. Egger semble être du même avis, puisqu'en cet endroit de son commentaire (2), il se contente d'indiquer, en renvoi, le seul art. 477.

MM. Rossel et Mentha (3) pensent aussi que l'adoptant ne peut révoquer l'adoption, par cela seul qu'il est en droit d'exhérer l'adopté aux termes de l'art. 480; cet article, pour eux, s'inspire d'autres motifs que l'art. 477; ce n'est pas, à leurs yeux, une véritable exhérédation.

53. — M. Rossel, cependant, dans une note à l'art. 269 de l'édition si commode qu'il a publiée du code civil et du code des obligations, est d'un sentiment différent, et il admet que l'insolvabilité constitue un motif de révocation de l'adoption. On pourrait bien, à l'appui de cette opinion présenter quelques arguments. Le législateur, en effet, peut-on dire, parle une langue que l'on doit respecter en appliquant ses lois, quand bien même les expressions dont il se sert auraient eu, jusque-là, un autre sens. L'art. 480 emploie le mot *exhérédé*; cette disposition est

(1) SILBERNAGEL, A. et WEBER, P., *Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch* (Gmür), *Familienrecht*. Bern, 1921, ad. art. 269.

(2) EGGER, A., *Kommentar zum schweizerischem Zivilgesetzbuch*, Zürich, 1914, *Das Familienrecht*, ad. art. 269 lit. b. p. 333.

(3) ROSSEL, V. et MENTHA, F. H., *op. cit.*, vol. I, p. 428 et 429.

groupée, avec les autres articles relatifs à l'exhérédation ; l'insolvable est exhéredé ; l'insolvabilité est un motif d'exhérédation ; c'est par conséquent aussi un motif de révocation d'adoption. Rien à l'art. 269, peut-on dire aussi, n'autorise à penser que le législateur n'entendait viser que l'art. 477 : il parle de l'exhérédation sans restriction, donc de l'exhérédation en général, et l'exhérédation en général, dans le système du code civil suisse, comprend celle, en particulier, de l'art. 480 ; si donc il avait voulu exclure cette dernière à l'art. 269, parce qu'elle est d'une autre essence que celle de l'art. 477, ne devait-il pas le spécifier ? Quelle que soit la valeur de cette argumentation, ce n'est pourtant pas sans raison que la majorité des auteurs cherche à éliminer l'insolvabilité de la liste des motifs de révocation de l'adoption. En effet, l'insolvabilité n'est pas un motif aussi grave que ceux qui sont visés par l'art. 477 ; et cela est si vrai que le législateur lui-même a adouci les effets de l'exhérédation de l'art. 480 en en prévoyant la caducité dans certains cas, tandis que la révocation de l'adoption est définitive, et en ne permettant qu'une exhérédation partielle, ce que la révocation de l'adoption ne peut, évidemment, pas être ; dans ces conditions, on se demande pourquoi il traiterait l'adopté révoqué avec plus de sévérité que l'exhéredé. Ce qui est assez vraisemblable, c'est qu'en introduisant, après coup, l'art. 480 dans la partie du code consacrée à l'exhérédation, il avait perdu de vue l'art. 269, et qu'il n'a pas envisagé les conséquences, pour l'adopté, de l'adjonction de cette nouvelle cause d'exhérédation ; on peut croire que si son attention, à ce moment, s'était portée sur ce point,

il aurait donné à l'art. 269 une allure moins générale ; bien qu'il ne l'ait pas fait, nous croyons, cependant, devoir nous ranger du côté de la majorité : le législateur n'ayant pas placé l'insolvabilité sur le même pied que les autres motifs d'exhérédation, il serait inconséquent de lui donner, à l'art. 269, une importance qu'elle n'a pas à l'art. 480.

54. — *Les règles générales de l'exhérédation sont applicables dans le cas de l'art. 480.* — Si, comme nous venons de le voir, le législateur a baptisé *exhérédation* l'institution de l'art. 480, il est à présumer qu'il a entendu, par là, coordonner cet article aux autres articles concernant l'exhérédation et rendre applicable à l'exhérédation d'un insolvable tout ce qu'il a prescrit aux articles 477 à 479, — sauf et réservés, bien entendu, les points sur lesquels l'art. 480 déroge expressément à ces dispositions de portée plus générale. Cela ne fait pas l'ombre d'un doute. Non seulement il est question d'exhérédation à l'art. 480, mais cet article est groupé, avec les autres articles du code concernant l'exhérédation, et les marginales ne sont pas moins éloquentes, puisqu'elles réunissent, sous la même lettre majuscule B, l'exhérédation de l'art. 477 et celle de l'art. 480 (1). Le testateur exhérédant un insolvable devra donc se conformer, à peine de nullité, aux

(1) Il nous paraît difficile de faire abstraction des marginales que l'on répute, en général, partie intégrante de la loi ; elles ont été effectivement adoptées et promulguées avec elle. D'autant plus faut-il regretter parfois, qu'elles n'aient donné lieu à aucune observation ou discussion lors de son élaboration.

exigences de l'art. 479 (1). Quant à l'art. 478, nous aurons l'occasion d'y revenir.

55. — *L'exhéredé ne subit qu'une exhéredation réduite, il demeure héritier.* — Si le code appelle exhéredation l'institution de l'art. 480, il faut reconnaître, cependant, qu'il marque des nuances dans le genre auquel il la rattache ; en effet, tandis que l'art. 477 ne prévoit aucune restriction à l'exhéredation (« l'héritier peut être déshérité par disposition pour cause de mort »), l'art. 480, en spécifiant qu'il peut l'être pour la moitié de sa réserve, ne prévoit qu'une exhéredation incomplète.

56. — Apparemment, le législateur entend, à l'art. 477, permettre au testateur d'exclure, sous certaines conditions, un descendant de sa succession ; tel est, du moins, le sens usuel et le plus généralement admis du mot *déshérité* et, à défaut de toute précision, on doit admettre que c'est aussi le sens que la loi lui donne ici.

57. — Est-il possible, aux termes de l'art. 477, d'exhéredéer seulement pour partie ? Qui peut le plus peut le moins, et nous ne verrions rien à y objecter ; le fait d'avoir admis, à l'art. 480, une exhéredation incomplète postule, pour le droit suisse, le principe de la possibilité de l'exhéredation partielle, et ce n'est pas une des moindres conséquences de la présence dans la loi de cette disposition. La seule chose qui nous importe ici, c'est que l'art.

(1) TUOR, P., *op. cit.*, p. 186 : *Demgemäss muss auch sie durch Verfügung von Todes wegen angeordnet werden, und es muss darin der Enterbungsgrund genannt sein ; dagegen ist eine eingehendere Darlegung der Lage des zu Enterbenden unnötig* (vgl. Stadler, p. 106).

477 permet d'exhérer pour le tout ; en ce cas, l'héritier réservataire est purement et simplement exclu de l'héritage ; il se voit privé de tous les droits à la succession de son ascendant ; il n'est plus héritier (1).

58. — L'art. 480, au contraire, fait obstacle à une exhéredation totale de l'insolvable ; le testateur ne peut l'exhérer au plus, que pour la moitié de sa réserve ; l'autre moitié, *a contrario*, lui reste acquise ; pour cette moitié, il demeure héritier au même titre que les autres réservataires (2), et comme tel il a droit à une quote-part représentant une fraction de la succession.

59. — *L'exhéréde, du fait qu'il est exhéréde demeure-t-il tenu de ses obligations envers la succession ?* — Nous venons de voir que, d'une manière générale, l'exhéréde, suivant les cas, perd tout ou partie de ses droits successoraux. La question se pose alors de savoir s'il demeure tenu de son obligation de faire rapport à la succession dont il est, totalement ou partiellement, exclu.

60. — En principe, il n'en est rien. Le réservataire complètement exhéréde de l'art. 477, du fait même qu'il perd la qualité d'héritier, est déchargé des obligations qui en sont la contre-partie ; il n'est plus sujet au rapport, et ses descendants qui, conformément à l'art. 478, prennent sa place y sont soumis pour lui comme le prescrit l'art. 627.

61. — Qu'en sera-t-il, par contre, dans le cas où l'ex-

(1) Il peut paraître singulier qu'un testateur ayant les graves motifs d'exhéredation de l'art. 477 n'exhère que pour partie son fils coupable ; on nous n cependant signalé un cas de cette espèce.

(2) THOR, P., *op. cit.*, ad art. 480, note 18.

hérédation de l'art. 477 n'est pas complète, parce que le testateur n'a pas fait un plein usage de son droit d'exclusion tel héritier de sa succession? La même question se pose dans l'espèce de l'art. 480. Faudra-t-il dire que, n'ayant pas perdu la qualité d'héritier, l'exhéréde demeure intégralement soumis au rapport, encore que ce soient ses descendants qui touchent la part dont il est exhéréde? Car à l'art. 627 le législateur s'exprime en termes clairs et précis en disposant, sans équivoque possible, que les enfants ne sont soumis au rapport, à la place de leur auteur, que si celui-ci a perdu la qualité d'héritier. Ne doit-on pas admettre qu'ici la lettre ne répond pas à l'esprit de cette disposition? Nous croyons, pour notre part, que l'intention première des rédacteurs de notre code était de ne prévoir dans la loi qu'une exhérédation conforme aux définitions de la doctrine, une exhérédation en vertu de laquelle l'exhéréde, ainsi que le veut l'étymologie, est bel et bien exclu de la succession. Arrive l'art. 480, nouveau venu, qui transforme cette traditionnelle façon de concevoir l'exhérédation en une simple réduction de réserve, plus ou moins complète suivant les motifs et la volonté du testateur. En introduisant cette disposition dans la loi, le législateur n'a, sans doute, pas calculé toutes les conséquences de son geste, et n'a pas pensé à mettre l'art. 627, pas plus que l'art. 629, pas plus que l'art. 478 en harmonie avec sa conception spéciale de l'exhérédation. Interpréter cette disposition *argumento a contrario* serait, dès lors, méconnaître ses intentions véritables. Il convient, au contraire, de l'appliquer par analogie, en cas d'exhérédation partielle, aux enfants de

l'exhéréhé dans la mesure où ils remplacent ce dernier. En d'autres termes, le juge fera bien, pour éviter l'inconséquence qui en résulte, d'appliquer l'art. 627 comme s'il était rédigé en ces termes : « lorsqu'un héritier *perd, totalement ou partiellement*, sa qualité... ceux qui prennent sa part sont soumis au rapport en son lieu et place, et *proportionnellement à la part qui leur est échue* ».

Nous pensons que, pour le surplus, l'exhéréhé partiellement reste tenu envers la succession de toutes les obligations qui lui incomberaient s'il n'était que réduit à sa réserve.

62. — Dans un système qui laisse à l'exhéréhé sa qualité d'héritier, l'attention ne laisse pas d'être attirée encore sur un autre problème. L'art. 478, applicable à toute exhéréhé, pose le principe qu'un exhéréhé ne peut ni réclamer une part de la succession, ni intenter l'action en réduction. L'art. 522 dispose, au contraire, que l'héritier qui ne reçoit pas le montant de sa réserve possède l'action en réduction. Que décider, dans le cas où l'exhéréhé de l'art. 480 ne peut obtenir la moitié de réserve pour laquelle il est *héritier* ? L'art. 478 doit-il s'appliquer, et l'exhéréhé de l'art. 480 n'a-t-il pas plus la latitude d'actionner en réduction que le réservataire complètement déshérité de l'art. 477 ? L'art. 480, bien que laissant à l'insolvable une partie de sa réserve, le classe, en effet, parmi les exhéréhé, sans spécifier pour autant qu'il échappe à la règle de l'art. 478, et l'art. 478, qui vise tous les exhéréhé, ne spécifie pas non plus qu'il

est fait exception pour celui de l'art. 480 (1). L'exhérédé pourra, naturellement, si ses droits sont lésés, recourir à l'action en nullité, conformément à l'art. 519, ch. 3 ou, comme nous le verrons plus loin, demander que l'exhérédation soit déclarée caduque en vertu de l'art. 480, al. 2 ; mais l'action en réduction ne lui est-elle pas expressément refusée par la loi ? Et même, à raisonner strictement, ne devrait-on pas aller plus loin encore, en admettant que l'exhéredé ne peut pas non plus réclamer la demi-réserve que lui laisse le législateur ? Cela serait, proprement, absurde. L'art. 478, al. 1, nous paraît, en effet, une disposition superflue en ce que le législateur n'entendait la voir appliquer qu'à l'héritier complètement exhérédé, et que cet héritier ne peut, de toute évidence, et sans qu'il fût besoin de le préciser, ni réclamer une part de la succession, ni intenter l'action en réduction. Il n'y aurait donc pas lieu de s'arrêter à cette superfétation, si la formule employée par la loi n'embrassait pas, dans sa généralité, les cas d'exhérédation partielle aussi bien que ceux d'exhérédation totale ; elle aboutit à de telles conséquences que la pratique ne pourra pas faire autrement que de s'en affranchir, par voie d'interprétation restrictive. Il serait par trop stupide, en présence de l'exhéredé de l'art. 480, de prêter au législateur le langage suivant : je t'accorde la moitié de ta réserve, à condition que tu ne la réclames pas ; si on te la donne, sans que tu la réclames, tant

(1) L'exhérédation, ainsi qu'il a été dit, peut aussi être partielle selon la volonté du testateur, et l'on se trouve alors dans une situation semblable.

mieux pour toi, si on te la prend, tant pis ! On doit donc reconnaître à l'exhéréhé partiel le droit d'obtenir la part de succession qui lui est laissée, et d'intenter à cet effet l'action en réduction. L'art. 478, al. 1 ne le concerne, en d'autres termes, que pour la part dont il est exhéréhé.

§ 2. — Effets de l'exhéréhé quant aux enfants
et aux créanciers de l'exhéhéhé.

63. — *Quant aux enfants.* — La loi prévoyant qu'ils doivent recevoir la demi-réserve enlevée à leur père, on peut, en quelque sorte, puisque cette qualité ne leur est pas attribuée directement par la loi, les considérer comme des héritiers réservataires : ce sont, si l'on peut dire, des « réservataires testamentaires ». D'autre part, dans le système de transmission que nous avons préconisé plus haut et qui interpose entre eux et le testateur une fondation de famille, ils n'ont qu'indirectement cette qualité d'héritiers : ils sont seulement appelés à une substitution fidéicommissaire dont la fondation est grevée ; et cette fondation, ayant uniquement pour but de sauvegarder les intérêts des enfants, et héritière directe à leur place, exercera, pensons-nous, tous leurs droits, c'est-à-dire ceux d'une héritière réservataire jusqu'à l'ouverture de la substitution. A ce titre, elle recevra la demi-réserve sous forme d'une quote-part de la succession ; le testateur pourra bien, sans doute, donner des indications de partage, mais nous ne croyons pas, à l'encontre de l'opinion de M. Tuor (1), qu'il serait fondé à laisser aux enfants la

(1) Tuor, P., *op. cit.*, ad. art. 480, note 12.

demi-réserve sous forme de legs. Cela ne se concilierait pas, en effet, avec la notion d'héritier au sens de l'art. 483, puisque l'héritier est celui qui a droit à l'universalité ou à une quote-part de la succession, et que les enfants de l'exhéredé n'ont pas seulement qualité d'héritiers mais, de surcroît, qualité d'héritiers réservataires, à teneur des art. 480 et 478. Comme légataires, leur situation serait différente : c'est ainsi, notamment, qu'ils seraient réduits à l'action en délivrance du legs et seraient exposés au risque de dépréciation ou dévalorisation de ce dernier (art. 484 sq. 543).

64. — *Quant aux créanciers.* — La *ratio legis* de l'art. 480 étant d'empêcher les créanciers de l'insolvable de saisir le patrimoine dont les enfants de leur débiteur doivent hériter, on comprend l'intérêt de ces créanciers à l'exhéredation, par laquelle ils se voient frustrés de la moitié de leurs espérances. On comprend aussi qu'ils vouent plus de sollicitude à leur bourse que de respect aux désirs du législateur; et qu'exposés par lui à des pertes qui leur paraissent éminemment injustes ils s'efforcent de s'y soustraire le plus possible. Il leur est loisible, sans aucun doute, d'attaquer l'exhéredation aux termes de l'art. 524, al. 2, lorsque l'exhéredé renonce à le faire, c'est-à-dire qu'ils peuvent invoquer la nullité de l'exhéredation, soit pour informalités, soit parce que font défaut d'autres conditions de sa validité. Par contre, ils n'ont pas, en principe, contrairement à l'opinion de M. Ickowicz (1), l'action en réduction, qui n'appartient

(1) Ickowicz, M., *op. cit.*, p. 69.

pas à l'exhéréde, sauf et réservé, bien entendu, le cas où celui-ci ne recevrait pas le montant intégral de sa demi-réserve. Nous verrons, dans la seconde partie de cette étude, s'ils sont en droit d'invoquer la caducité de l'exhérédation, et nous aurons l'occasion de constater que, pour échapper à ses conséquences, les créanciers ont d'autres moyens que des actions légales

CHAPITRE II

ÉTUDE DU SECOND ALINÉA DE L'ARTICLE 480 C. C. S.

SECTION PREMIÈRE

CONDITIONS D'APPLICATION DE L'ARTICLE 480, ALINÉA 2

65. — L'art. 480 prévoit, en son second alinéa, et sous certaines conditions, la caducité de l'exhérédation ; car le législateur entend bien ne pas trop s'avancer. Serait-ce lui faire tort que de supposer que cette exhérédation d'un insolvable lui semble à lui-même une institution peu orthodoxe ? en tous cas, il ne l'admet qu'avec timidité et, après n'en avoir, à l'alinéa 1, permis l'application que pour une moitié de réserve, il se hâte, à l'alinéa 2, d'en amortir encore les effets. On peut se demander même si la portée de ce texte ne dépasse pas son but ; nous verrons, par la suite, que cherchant à partager la succession entre les enfants de l'exhéréde et ses créanciers, il a, en définitive, donné tout l'avantage à ces derniers auxquels il ne sera pas trop malaisé, s'ils savent profiter de cet alinéa, d'empêcher l'exhérédation de sortir ses effets.

66. — La caducité de l'exhérédation est subordonnée à deux conditions : l'absence d'actes de défaut de biens ou leur montant insuffisant, et une demande de l'exhéréhé. Etudions successivement ces deux points.

§ 1. — Etat des actes de défaut de biens.

67. — *Nombre des actes de défaut de biens.* — « S'il n'existe plus d'actes de défaut de biens, ou si le montant total des sommes pour lesquelles il en existe encore... » : à lire, dans le corps de l'art. 480, al. 2 cette proposition conditionnelle, l'interprétation, même la plus strictement littérale donne ici un résultat satisfaisant : il peut n'y avoir plus d'actes de défaut de biens du tout, il en peut rester un ou plusieurs. Il faut simplement que le montant de cet ou de ces actes ne dépasse pas un certain maximum, au delà duquel l'exhéréhé ne serait plus admis à demander la caducité de l'exhérédation. Le nombre de ces actes est, par contre, indifférent.

68. — *Valeur que peut représenter ce qui reste d'actes de défaut de biens.* — Il convient d'y insister : le code n'attache d'importance qu'à la valeur représentée par le ou les actes de défaut de biens restant ; il ne s'occupe pas du passif total de l'exhéréhé ; peu importe qu'en plus des sommes dont le ou les actes de défaut de biens font mention l'exhéréhé ait encore beaucoup de créanciers qui n'ont pas exercé de poursuites, ou qui ne les ont pas poussées jusqu'à l'acte de défaut de biens. C'est l'acte de défaut de biens que la loi érige en critère de l'insolvabilité. Cette conception a l'avantage de couper court à des

contestations, d'éviter l'action en reconnaissance de dette, de simplifier ainsi le travail des tribunaux toujours surchargés de besogne sous notre régime d'économies ; mais il y a le revers de la médaille, car cela ne va pas sans un gros inconvénient, le plus grave que puisse présenter un article de loi, celui de permettre aux intéressés d'élu-der la disposition elle-même, tout en demeurant dans l'ordre légal, sinon dans celui de la morale. En effet, les créanciers de l'exbérédé auront souvent un intérêt majeur, surtout si la succession est considérable, à laisser leur débiteur en recueillir le profit avant de le poursuivre ou à se borner, jusqu'à l'ouverture de la succession, à interrompre la prescription de leurs créances par de simples commandements de payer, sans jamais avancer la poursuite jusqu'an saut périlleux de l'acte de défaut de biens. Et si, par inadvertance, ils l'avaient poussée jusque-là, dans la plupart des cas, un arrangement avec l'exbérédé, qui peut y avoir intérêt, leur permettrait, sans doute, moyennant remise de l'acte, de le remplacer par une nouvelle reconnaissance de dette, ce qu'ils obtiendraient facilement de leur débiteur en lui accordant de menus avantages (1).

(1) Sans doute, l'existence et le montant des actes de défaut de biens résultent de l'attestation des offices. Un acte indiqué par eux sera réputé subsister, tant que le débiteur n'aura pas établi qu'il n'existe plus, en le produisant même non acquitté (CO. art. 89, al. 3) ou en faisant toute autre preuve suffisante (Cf. CO. art. 88, al. 1). Le créancier courra quelques risques, s'il acquitte l'acte de défaut de biens pour recevoir, en échange, une reconnaissance de dette ; mais peut-être préférera-t-il courir ces risques, plutôt que de ne rien recevoir.

Ainsi, on le voit, le critère trop précis de l'insolvabilité permet d'empêcher facilement l'exhérédation, d'en demander facilement aussi la caducité. En liant la main du juge, la loi ouvre elle-même aux créanciers qui le souhaiteront la possibilité de la tourner ; autant valait alors ne pas y insérer la disposition de l'art. 480. Et si elle n'a donné lieu à aucune jurisprudence, ne serait-ce pas précisément que les créanciers ont assez d'esprit pour ne pas laisser exhéredé leur débiteur ?

69. — La loi, d'ailleurs, se révèle imparfaite à un autre point de vue encore. Une difficulté se présente, en effet, quand il s'agit d'établir le montant qui ne doit pas être dépassé au sens de l'art. 480, al. 2. C'est le quart du droit héréditaire dont le ou les actes de défaut de biens ne doivent pas excéder la valeur. Cette expression manque de précision ; mais dans le texte italien, la loi parle ici de *quota ereditaria*, terme dont elle se sert également pour désigner la part *ab intestat* ; il y a donc lieu d'admettre que le droit héréditaire, c'est le droit *ab intestat*.

70. — *Moment auquel les actes de défaut de biens ne doivent plus exister que dans la limite prescrite par la loi.* — Cette question, en elle-même, ne soulève aucune difficulté. La loi prévoit que c'est au moment de l'ouverture de la succession que les actes de défaut de biens ne doivent plus exister ou ne pas excéder la limite qu'elle entend tolérer, et dont nous venons de nous occuper.

§ 2. — Demande de l'exhéréhé.

71. — Nous avons examiné la première des deux conditions de la caducité de l'exhérédation ; venons-en maintenant à la seconde : cette caducité dépend aussi de la demande de l'exhéréhé.

72. — *La demande del'exhéhé est une condition nécessaire de la caducité de l'exhérédation.* — Cette caducité ne se produit pas *ipso jure*, par cela seul qu'au moment de l'ouverture de la succession l'exhéhé se trouve ne plus être insolvable au sens de l'art. 480, al. 2. Il faut qu'il en fasse expressément la demande. La loi ne précise pas la personne du destinataire ; aussi bien cela n'est-il pas nécessaire, car il va de soi que la demande doit être adressée au juge de la succession (cf. art. 538). La loi n'en spécifie pas non plus la forme, mais la situation doit, évidemment, être envisagée sous l'angle de l'art. 559 : l'exhéhé pourra donc, pendant le mois qui suivra la communication du testament aux intéressés, contester le droit de ses enfants sur la demi-réserve. La partie la plus diligente fera ensuite valoir ses droits, et nous pensons qu'en général c'est alors que l'exhéhé introduira, principalement ou reconventionnellement, sa demande en caducité ; mais il lui serait aussi loisible d'agir directement, sans avoir contesté au préalable les droits de ses enfants aux termes de l'art. 558. M. Ickowicz estime que cette demande en caducité est une action en réduction ; nous en ferions plutôt une action *sui generis* que nous rattacherions préférablement à l'action en nullité : elle tend,

en effet, non pas simplement à faire réduire des libéralités excédant la quotité disponible, mais à faire tomber une disposition du testament, faute de la condition qui seule l'autorisait au moment de l'ouverture de la succession.

73. — *Qui a qualité pour faire la demande prévue à l'art. 480, al. 2?* — Ce droit appartient, en tous cas, à l'exhéredé. Ses créanciers le possèdent-ils aussi? Non, répond M. Curti-Forrer (1), ce droit est personnalissime. Oui, rétorque M. Ickowicz (2) qui, ne voyant pas de différence entre l'action en réduction et celle de l'art. 480, al. 2, se trouve à l'aise pour se réclamer de l'art. 524, al. 2 qui fait, effectivement, passer l'action en réduction aux créanciers. Mais l'action de l'art. 480, al. 2 n'étant pas, comme il vient d'être dit, assimilable à une action en réduction, nous pensons que l'opinion de M. Curti-Forrer doit être préférée : l'exhéredé seul a le droit de demander la caducité de l'exhéredation et ce droit ne passe pas à ses créanciers. Au surplus, ceux-ci n'y auraient pas intérêt, car aux termes de l'art. 524 seuls les créanciers ayant des actes de défant de biens au moment de l'ouverture de la succession ont qualité pour faire valoir les droits de l'exhéredé dans la succession ; or, si les conditions prévues par l'art. 480 pour amener la caducité sont réalisées, ces créanciers, dont les créances ne valent, au plus, que le quart du droit héréditaire de l'exhéredé, sont amplement couverts par la demi-réserve à laquelle ce dernier a droit, nonobstant l'exhéredation.

(1) CURTI-FORRER, E., *op. cit.*, ad. art. 480, note 14.

(2) ICKOWICZ, M., *op. cit.*, p. 69.

74. — *A quel moment la demande doit-elle être faite ?*
 — La loi ne le précise pas, mais comme les dispositions pour cause de mort ne produisent leur effet qu'à la mort du disposant, aucune action ne saurait être recevable auparavant ; la demande doit avoir lieu au moment de l'ouverture de la succession, ou postérieurement. Elle est soumise à la prescription d'une année, conformément à l'art. 521, al. 1.

SECTION DEUXIÈME

EFFETS DE L'ARTICLE 480, AL. 2

75. — *Quels sont, à l'égard de l'exhéredé, les effets de la caducité ?* — Si la disposition testamentaire exhéredant l'insolvable devient caduque, elle ne déploie aucun effet, et l'exhéredé recouvre tous ses droits d'héritier réservataire, comme si l'exhéredation n'avait pas eu lieu. L'exhéredé recouvre, avant tout, le droit à sa réserve entière.

76. — Quant au disponible, il est à prévoir qu'en général le testateur prendra des mesures pour en assurer le sort ; et quand bien même l'exhéredation serait déclarée caduque, il faudra se conformer à la volonté du testateur, en ce qui concerne le disponible ; que décider, toutefois, si le testament est muet sur ce point ? Le législateur n'a pas envisagé ce cas, mais il est à présumer que le testateur entend donner à son disponible la même destination qu'à la demi-réserve ; si donc la demi-réserve doit être resti-

tuée à l'exhéréhé, le raisonnement veut que le disponible le soit également.

77. — *Effets de la caducité à l'égard des tiers.* — Les tiers dont l'exhéréhé met l'intérêt en jeu sont, comme nous l'avons dit, les créanciers de l'exhéréhé, ceux qui, aux yeux du législateur, ont à partager avec les enfants de l'exhéréhé la réserve de ce dernier. C'est, au fond, à ces créanciers que les auteurs du Code civil entendaient enlever la demi-réserve attribuée aux enfants ; les créanciers la retrouvent donc, en cas de caducité de l'exhéréhé. L'exhéréhé étant dans la situation de fortune requise pour justifier la caducité, il semblerait, à première vue, que les créanciers sont amplement couverts, et que cette caducité n'a plus pour eux ni d'effet, ni d'intérêt. Tel fut bien, croyons-nous, le désir du législateur, tel eût été aussi le résultat obtenu si, au lieu de parler d'actes de défaut de biens, il avait visé, d'une manière plus générale, le passif de l'exhéréhé. Il peut y avoir, en effet, d'autres dettes que celles que constatent les actes de défaut de biens et, si l'exhéréhé se trouve dans la limite autorisée en ce qui concerne ces derniers, cela ne signifie pas qu'il n'ait de dettes que dans cette limite ; rien n'empêche qu'il n'en ait pour plus que sa réserve tout entière et, se félicitant qu'il soit redevenu héritier, les créanciers, quel que soit le titre qui constate leurs créances, s'empresseront, sans doute, de le poursuivre pendant qu'il y a encore quelque chose à prendre. Il est, d'ailleurs possible, en pareil cas, que l'exhéréhé hésite à faire tomber l'exhéréhé, de peur, précisément, de voir l'avantage qu'il en retirerait profiter à tous ses créanciers.

CONCLUSION

78. — Nous sommes au terme de notre étude, et le lecteur s'étonnera sans doute de n'y avoir pas toujours trouvé la solution qu'il cherchait peut-être aux nombreux problèmes que pose l'art. 480 du Code civil. Il faut bien reconnaître que les mystères de l'exhérédation d'un insolvable en droit suisse s'enveloppent de plus d'obscurité qu'on ne voudrait; les lumières de nos commentateurs ne l'ont pas complètement dissipée, et nous ne pouvons guère nous flatter d'y avoir beaucoup mieux réussi. Autant il est facile d'exhéréder un descendant au sens de l'art. 480, autant il est malaisé de sortir des embarras que crée imprudemment le testateur. Notre conviction est que cette disposition est fort peu pratique, et il est de fait, croyons-nous, qu'elle est demeurée sans application. Un notaire consciencieux se ferait scrupule de recommander à ses clients cette forme d'exhérédation, sans leur suggérer les clauses accessoires qui la rendront acceptable. Et, même alors, les perspectives de caducité ne sont-elles pas bien faites pour décourager les vellétés d'exhérédation du père de famille le mieux intentionné ? Mieux vaut recourir à la mise sous tutelle de l'insolvable, bien qu'elle puisse seule-

ment prévenir, et seulement si on s'y prend à temps, le mal auquel l'art. 480 est censé porter remède. Mais, comme nous l'avons vu, l'art. 480 n'est pas seulement une disposition à laquelle les personnes averties se garderont de demander secours sans prendre beaucoup de précautions : elle est fâcheusement rattachée à la matière de l'exhérédation ; elle s'harmonise difficilement avec d'autres dispositions en matière de révocation de l'adoption et de rapports à succession ; elle laisse dans une troublante indécision le mode de transmission de la demi-réserve à ses bénéficiaires. Elle nous apparaît donc comme une disposition malheureuse à plusieurs points de vue, et nous ne trouvons pas d'autre conclusion à notre étude, si ce n'est que le législateur, pour remettre les choses au point, la remplace par une autre disposition dont on n'ait pas à craindre la répercussion sur ses voisines, et qui soit susceptible d'une meilleure application pratique.

79. — M. Roguin (1), dans son *Traité de droit civil comparé*, propose d'autoriser le testateur à attribuer à ses petits-enfants, dans la proportion de leurs droits *ab intestat*, la réserve entière de leur père, sans indication d'aucun motif légal, mais à condition de laisser à l'héritier exhérédé l'usufruit de cette réserve. « L'ascendant, ajoute-t-il, est le meilleur juge de la situation, et il importe de lui permettre d'éviter la dilapidation de son propre avoir devenu celui de la famille ».

(1) ROGUIN, E., *Traité de droit civil comparé*. Paris et Lausanne, 1912, vol. IV, p. 738.

Nous sommes de cet avis. Nous trouverions bon d'introduire dans notre code la véritable *exhereditio bona mente facta*, au lieu d'une demi-mesure comme celle de l'art. 480, qui coupe la réserve en deux et qui, pour le surplus, néglige complètement le malheureux exhérédé réduit aux aliments que lui doivent ses enfants. Nous serions même disposé à aller plus loin, en permettant à n'importe quel testateur d'exhérer ainsi, non pas seulement ses descendants, mais n'importe lequel de ses héritiers, et cela au profit des ayants droit de l'exhéredé quels qu'ils soient, même s'ils ne sont pas ses enfants.

80. — Et si l'on ne veut pas entrer dans l'examen de ces questions de principe, en s'en tenant au programme que s'était fixé le législateur de 1907, la révision de l'art. 480 ne s'impose pas moins. Prenant en considération les intérêts des créanciers et ceux des enfants de l'exhéredé, il faudrait enlever au créancier le moyen de paralyser le geste du testateur; il conviendrait de permettre au juge d'avoir égard à l'insolvabilité réelle de l'exhéredé, au lieu de lui imposer l'image, souvent trompeuse, que reflètent les actes de défaut de biens; il importerait de fixer la procédure à suivre pour le partage de la part attribuée aux enfants nés et à naître, de faire disparaître les contradictions existant entre l'art. 480 et le reste du Code civil, de préciser enfin s'il y a là, vraiment, une exhéredation, ou si cet article n'est pas mal en place, accolé sous une même rubrique à l'art. 477.

81. — La jurisprudence pourrait-elle, dans une certaine mesure déjà, améliorer l'état de choses actuel? On n'ignore pas la désinvolture souveraine des nouvelles méthodes

d'interprétation ; mais si habiles que fussent les juges, ils seraient impuissants, croyons-nous, à corriger autant qu'il le faudrait la portée de l'art. 480. C'est une disposition mort-née ou, du moins, si mal venue qu'à peine arriveraient-ils, à force de soins et de subterfuges, à lui insuffler un semblant de vie. Ce qui s'impose, c'est donc une refonte complète de l'art. 480. Nous souhaitons qu'elle s'accomplisse un jour, et peut-être que, délaissant le domaine de la doctrine pure et le rang de curiosité juridique, l'exhérédation d'un insolvable deviendra alors, en Suisse, une institution utile, utilisable et utilisée ; elle aura sa place au répertoire des arrêts du Tribunal Fédéral, et la critique désarmée ne trouvera plus, dans l'art. 480 rénové, qu'une disposition harmonieuse et un sujet de muette admiration (1).

(1) On pourrait obtenir de l'insolvable un pacte de renonciation, pour arriver, pratiquement, à réaliser un but semblable à celui que s'était proposé le législateur de l'art. 480. L'insolvable y consentirait, apparemment, sans grande difficulté, car ceux qui n'ont rien ne sont pas, généralement, très exigeants, et de menus avantages l'y décideraient. Ce pacte obtenu, le testateur pourra, plus efficacement que par le moyen de l'art. 480, protéger ses petits-enfants (Cf. CURRI-FORRER, E., *op. cit.*, ad. art. 493, note 9 ; ESCHER, A., *op. cit.*, ad. art. 493, note 8).

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
INTRODUCTION.	1
L'ancien droit germanique	1
Le droit féodal	3
Le droit allemand actuel.	5
Le droit français moderne	8

CHAPITRE PREMIER

Etude du premier alinéa de l'article 480 C. C. S.

<i>SECTION PREMIÈRE. — Conditions d'application de l'art. 480</i>	
<i>C. C. S.</i>	11
§ 1. L'exhéredé	11
Quid des descendants illégitimes ?	14
Quid des enfants adoptifs ?	15
Quid des descendants eux-mêmes issus d'un exhéredé ?	17
§ 2. Le descendant doit être insolvable	17
Généralités	17
L'héritier n'est insolvable, au sens de l'art. 480, que s'il existe des actes de défaut de biens contre lui	21
Les actes de défaut de biens	23
Nombre des actes de défaut de biens requis pour légitimer l'application de l'art. 480 C. C. S., et montant auquel ils doivent atteindre	24
§ 3. L'exhéredé doit avoir des enfants	24
Les enfants déjà nés.	25
Les enfants à naître.	29

	Pages
§ 4. La part enlevée à l'héritier exhéredé doit être attribuée à ses enfants	30
I. Attribution et calcul	30
Attribution	30
Calcul de la part	33
II. Moyen de faire parvenir leur part aux enfants de l'exhéredé	33
La doctrine actuelle : la substitution fidéicommissaire	33
La fondation de famille	37
SECTION DEUXIÈME. — <i>Effets de l'exhéredation</i>	44
§ 1. Effets de l'exhéredation quant à l'exhéredé	45
Il est exhéredé	45
Les règles générales de l'exhéredation sont applicables dans le cas de l'art. 480	48
L'exhéredé ne subit qu'une exhéredation réduite, il demeure héritier	49
L'exhéredé, du fait qu'il est exhéredé demeure-t-il tenu de ses obligations envers la succession ?	50
§ 2. Effets de l'exhéredation quant aux enfants et aux créanciers de l'exhéredé	54
Quant aux enfants	54
Quant aux créanciers	55

CHAPITRE II

Etude du second alinéa de l'article 480 C. C. S.

SECTION PREMIÈRE. — <i>Conditions d'application de l'art. 480,</i>	
<i>al. 2.</i>	57
§ 1. Etat des actes de défaut de biens	58
Nombre des actes de défaut de biens	58
Valeur que peut représenter ce qui reste d'actes de défaut de biens	58
Moment auquel les actes de défaut de biens ne doivent plus exister que dans la mesure prescrite par la loi	60

	Pages
§ 2. La demande de l'exhéredé	61
La demande de l'exhéredé est une condition nécessaire de la caducité de l'exhérédation	61
Qui a qualité pour faire la demande prévue à l'art. 480, al. 2.	62
A quel moment la demande doit-elle être faite ?	63
SECTION DEUXIÈME. — <i>Effets de l'article 480, al. 2</i>	63
Quels sont, à l'égard de l'exhéredé, les effets de la caducité ?	63
Effets de la caducité à l'égard des tiers	64
CONCLUSION	65

SORTI DES PRESSES DE
L'IMPRIMERIE BARNÉOUD
A LAVAL (FRANCE)