



Thèse

1897

Open Access

This version of the publication is provided by the author(s) and made available in accordance with the copyright holder(s).

Étude sur le pacte successoral

Péter, Marc

How to cite

PÉTER, Marc. Étude sur le pacte successoral. Doctoral Thesis, 1897. doi: 10.13097/archive-ouverte/unige:27253

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:27253>

Publication DOI: [10.13097/archive-ouverte/unige:27253](https://doi.org/10.13097/archive-ouverte/unige:27253)

ÉTUDE

SUR LE

PACTE SUCCESSORAL

UNIVERSITÉ DE GENÈVE

ÉTUDE
SUR LE
PACTE SUCCESSORAL

THÈSE DE DOCTORAT

PRÉSENTÉE A LA FACULTÉ DE DROIT

PAR

Marc PÉTER

LICENCIÉ EN DROIT ET AVOCAT



GENÈVE

IMPRIMERIE PAUL RICHTER, RUE DES VOIRONS, 10

1897

045 3544

INTRODUCTION

Les pactes successoraux ne comprennent pas tous les contrats possibles, relatifs à une succession. Parmi ces contrats, nombreux et d'espèces souvent bien différentes, on peut faire en tous cas une première distinction entre ceux qui se rapportent à une succession future, celle d'une personne vivante, et ceux qui ont pour objet une succession déjà ouverte. Ces derniers, ventes de droits successifs échus ou partages entre cohéritiers, rentrent sans contestation, pour leur nature comme pour leurs effets, dans le droit des obligations. Le terme de pacte successoral a donc été plus spécialement réservé aux conventions conclues sur une succession non ouverte, qui seules doivent faire partie du droit des successions.

Mais ici encore une nouvelle distinction s'impose, et à ce sujet plusieurs systèmes sont en présence dans la doctrine et la législation :

Les uns distinguent les contrats conclus avec le concours de celui de la succession duquel il s'agit ⁽¹⁾ et

(1) Pour éviter cette longue périphrase nous emploierons dorénavant le terme « *de cujus* », toutes les fois que nous ne pourrons nous servir des mots *instituant* ou *testateur*, la langue française n'offrant aucun équivalent au terme si commode d'« *Erblasser* ».

ceux conclus sans sa participation. Or nous verrons plus loin que ces derniers, même lorsqu'ils ont pour objet une succession non ouverte, n'ont aucune influence sur la délation même de cette succession et ne donnent qu'un droit, une créance sur tout ou partie des biens compris dans la succession ; leur caractère relève donc du droit des obligations plutôt que du droit des successions.

Les autres ne donnent alors le nom de pacte successoral qu'aux seules conventions qui changent directement la délation d'une succession ou d'un legs. Ces pactes ont pour objet ce que la doctrine allemande appelle « *die Beerbung* » soit l'hérédité (droit, expectative ou qualité) et doivent être nécessairement conclus avec le *de cuius*.

C'est à ce dernier point de vue que nous nous sommes placé pour étudier les pactes successoraux. Selon nous, appartiennent seuls au droit successoral (en tant qu'ils sont reconnus par la législation), et sont seuls à considérer comme pactes successoraux, les contrats conclus entre le *de cuius* et un tiers (héritier ou non) et ayant pour objet la qualité d'héritier ou de légataire ; car seuls ces pactes exercent un effet direct sur la délation de la succession ou du legs. Nous laisserons donc de côté toutes les autres conventions sur succession ouverte ou non, nous bornant à mentionner dans un appendice les pactes sur la succession future d'un tiers vivant, contrats qui ont été et sont encore souvent confondus avec les pactes successoraux.

Nous verrons dans le cours de cette étude que les législations anciennes ou modernes sont loin d'être d'accord sur l'admissibilité du pacte successoral. Tandis que les unes déclarent immoral et illicite tout contrat sur une succession future, ou n'en reconnaissent que certaines

espèces, d'autres les admettent sans aucune restriction. Dans les trente ⁽¹⁾ législations successorales de la Suisse on trouve à ce sujet tous les systèmes possibles et imaginables, depuis la défense absolue des pactes successoraux dans le Code civil français, jusqu'à leur admission complète dans le Code civil de Zurich. Le but de cette thèse a donc été surtout de rechercher la place que notre Code civil suisse devait réserver aux pactes successoraux, tout en étudiant les règles auxquelles ces pactes doivent être soumis. Pour cela nous avons divisé notre travail en trois parties.

La première comprend l'histoire du pacte successoral et de son développement dans les coutumes et les législations. On pourra nous reprocher, peut-être, de nous être trop attardé sur les origines du pacte dans le droit germanique, origines qui ne semblent pas être à première vue d'une grande importance. Toutefois, nous avons estimé qu'il fallait avant tout élucider cette question souvent obscure et difficile, afin de pouvoir ensuite apprécier plus facilement les causes du développement différent qu'ont pris les pactes successoraux en France et en Allemagne.

La deuxième est consacrée à l'examen des raisons qui paraissent s'être opposées à l'admission du pacte successoral dans certaines législations, et à la réfutation des objections qui ont été soulevées par les juristes, au nom de la morale, contre ce contrat.

Enfin dans la troisième et dernière partie, nous aborderons la nature juridique et les espèces du pacte successoral, en étudiant surtout les arguments juridiques invo-

(1) HUBER. — *Betrachtungen*, p. 8.

qués contre lui. Nous n'avons pas la prétention d'avoir traité à fond tout ce qui concerne la conclusion, l'extinction ou les effets des différentes espèces du pacte successoral et nous laissons de côté sans doute, bien des questions intéressantes qui pourraient être posées à ce sujet, mais qui ne rentrent pas dans le but que nous poursuivons. Car nous n'avons en vue que l'étude de l'admission du pacte successoral dans notre législation fédérale et des principes qui régissent ce contrat, questions toutes préjudicielles qui soulèveront sans doute bien des discussions avant d'être résolues définitivement.

Première Partie

HISTOIRE DU PACTE SUCCESSORAL

CHAPITRE I^{er}

Droit Romain.

SOMMAIRE : 1. Nullité absolue des pactes successoraux en Droit Romain. — 2. Prétendues exceptions à cette règle.

1. Un point de l'histoire du droit qui n'est plus contesté aujourd'hui, c'est que le droit romain n'admettait absolument pas le pacte successoral et que l'origine du développement postérieur de cette institution dans certaines législations ne saurait être recherché là. Nous nous bornerons donc à indiquer les principales dispositions romaines à ce sujet, afin de pouvoir ensuite étudier la question, plus controversée, des motifs de cette prohibition.

Les pactes successoraux n'étaient certes pas inconnus des Romains, mais comme leur esprit juridique ne pouvait concevoir ce qu'il considérerait comme une aliénation de la faculté de tester, ces contrats sont sévèrement réprimés dès qu'ils apparaissent. Pour mettre à l'abri tout abus de cette liberté, que le citoyen romain devait conserver intacte,

le législateur a donc pros crit soigneusement tout pacte sur les successions futures. Les compilations de Justinien contiennent de nombreux passages à cet égard.

C'est ainsi que la *Const. 15, Cod. de pactis 2, 3*, prononce la nullité de la promesse d'égalité faite par un père à sa fille en la mariant :

« Pactum quod dotali, instrumento comprehensum est, ut si pater vita fungeretur, ex æqua portione ea, quæ nubebat, cum fratre heres patris sui esset : neque ullam obligationem contrahere, neque libertatem testamenti faciendi, mulieris patri potuit auferre ».

Était nul également le pacte en vertu duquel le mari devait hériter non seulement de la dot, mais aussi des autres biens de sa femme :

Const. 5, Cod. de pactis conv. 5, 14. « Hereditas extraneis testamento datur. Cum igitur adfirmes, dotali instrumento pactum interpositum esse vice testamenti, ut post mortem mulieris bona ejus ad te pertinerent, quæ dotis titulo tibi non sunt obligata, intellegis te nulla actione posse convenire heredes seu successores ejus, ut tibi restituantur, quæ nullo modo debentur. »

Ainsi, non seulement il était interdit d'instituer un héritier par contrat, mais une fille ne pouvait pas en recevant sa dot, renoncer à la succession paternelle.

Const. 3, Cod. de collationibus 6, 20. « Pactum dotali instrumento comprehensum, ut contenta dote, quæ in matrimonio collocabatur, nullum ad bona paterna regressum haberet, juris auctoritate improbat : nec intestato patri succedere filia ea ratione prohibetur. »

Une autre constitution, des empereurs Dioclétien et

Maximilien, déclare sans effet toute convention sur une succession future :

Const. 4, Cod. de inutil. stipul. 8, 39. « Ex eo instrumento nullam vos habere actionem, in quo contra bonos mores de successione futura interposita fuit stipulatio, manifestum est : cum omnia quæ contra bonos mores, vel in pactum, vel in stipulationem deducuntur, nullius momenti sint. » ⁽¹⁾

Lorsque la convention avait été faite à l'insu du *de cujus*, les contractants étaient frappés d'une certaine peine civile, car on refusait toute action héréditaire à l'héritier qui avait aliéné ou donné une partie des biens de la succession, du vivant du *de cujus*, et de même qu'à l'indigne, la succession lui était enlevée par le fisc.

L. 29 § 2, Dig. de donationibus, 39, 5 : « Donatorem quidem partis bonorum proximæ cognatæ viventis nullam fuisse constabat : verum ei, qui donavit, ac postea jure Prætorio successit, quoniam adversus bonos mores et jus gentium festinasset, actiones hereditarias in totum denegandas respondit. »

Id. L. 30 « ... Nam ei ut indigno aufertur hereditas. » ⁽²⁾

⁽¹⁾ V. aussi *L. 2 § 2, Dig. de vulg. et pup. subst. 28, 6 : « Ceterum, si adhuc vivat, improbum esse Julianus existimat eum, qui sollicitus est de vivi hereditate ». L. 27 § 4, Dig. ad Sen. Cons. Trebell. 36, 1 : « deinde quia non probè de hereditate viventis pueri aget. »*

⁽²⁾ *Comp. L. 2 § 3, Dig. de his quæ ut indignis auferuntur 34, 9. « Idem erit, si quis vivi ignorantis bona, vel partem bonorum alienus cognati donaverit : nam quasi indigno aufertur. »*

La peine prévue ne s'appliquait donc qu'à l'héritier qui avait contracté à l'insu du *de cujus*, soit en cas de contrat sur la succession d'un tiers vivant.

La promesse de faire un testament en faveur d'une personne, avec clause pénale, était également considérée comme contraire aux bonnes mœurs.

L. 51, Dig. de verb. obligat. 45, 1. « Stipulatio hoc modo concepta, si heredem me non feceris, tantum dare spondes? inutilis est : quia contra bonos mores est hæc stipulatio. »

Enfin un passage bien connu est celui où il est dit à propos d'un contrat entre deux ou plusieurs personnes sur la succession future qu'ils espéraient hériter :

Const. 30, Cod. de pactis : « Sed nobis omnes hujusmodi pactiones odiosæ esse videntur et plenæ tristissimi et periculosi eventus. Quare enim, quodam vivente et ignorante, de rebus ejus quidem paciscentes conveniunt? Secundum veteres itaque regulas saucimus omni modo hujusmodi pacta, quæ contra bonos mores inita sunt, repelli, et nihil ex his pactionibus observari, nisi ipse forte, de cujus hereditate pactum est voluntatem suam accomodaverit, et in ea usque ad extremum vitæ suæ spatium perseveraverit... »

Cette constitution est souvent citée par les auteurs français, comme preuve de l'aversion des Romains à l'égard des pactes successoraux ; il résulte toutefois du texte même de la loi, qu'il y est question non pas d'un véritable pacte successoral, mais bien du pacte sur la succession d'un tiers vivant.

2. Dans ce passage, Justinien semble admettre, il est vrai, une exception à la prohibition des pactes successoraux, en autorisant le contrat sur la succession d'une personne quelconque, à condition que celle-ci donne son consentement et y persiste jusqu'à sa mort. Toutefois,

cette exception même, qui fut conservée dans le droit coutumier français jusqu'à la promulgation du code Napoléon, ne constituait pas non plus un pacte successoral. Car, au lieu de la participation directe du *de cujus* au contrat, il ne s'agissait là que d'un consentement révocable, tandis que l'irrévocabilité est le caractère essentiel du pacte successoral.

Quelques auteurs mentionnent alors comme une dérogation à la prohibition générale des pactes successoraux la disposition que l'on trouve dans le Code Théodosien (II, 24, Const. 2) et par laquelle en 327 Constantin avait concédé à sa mère, mais à elle seule et avec le droit de révocation pendant toute sa vie, la faculté de partager sa future succession entre ses enfants. Mais on leur a fait observer avec raison que ces prétendues exceptions sont des stipulations révocables, et qu'elles se rattachent à la forme des partages entre héritiers légitimes d'une même personne plutôt qu'aux pactes successoraux.

Enfin on a voulu voir ⁽¹⁾ une autre exception dans la constitution suivante promulguée par les empereurs Dioclétien et Maximilien vers la fin du III^{me} siècle :

Const. 19, Cod. de pactis. « Voluntas militum, quæ super ultimo vitæ spiritu, æque familiaris rei decreto quoque modo. Contemplatione mortis scripturam deducitur, vim postremi judicii obtineat ».

Comme on le voit par les mots : « *quæ super ultimo vitæ spiritu* » il ne s'agit pas ici d'un pacte successoral, mais bien d'un testament réciproque fait par deux soldats. A Rome d'ailleurs les testaments militaires n'étaient à cette

(¹) De LAURIÈRE, MERLIN.

époque assujettis à aucune forme particulière, et la Const. 19 ne faisait que confirmer cette règle.

Plus tard une Novelle de Léon (nov. 19) vint bien sanctionner une convention de succéder insérée dans un contrat de mariage, mais cela n'empêcha pas la prohibition des pactes successoraux d'être rigoureusement maintenue dans le Code et les Pandectes. En outre on ne saurait voir non plus dans cette disposition la source de l'Institution contractuelle du droit français comme on l'a prétendu. En effet, la Novelle de Léon fut promulguée à Constantinople en 890, soit à une époque où, comme nous le verrons plus loin, l'institution contractuelle se pratiquait déjà en France; et d'ailleurs les Novelles de l'empereur Léon n'y furent bien connues qu'au XVI^{me} siècle, par la traduction qu'en donna Agilæus en 1560 ⁽¹⁾.

Ainsi, depuis les XII Tables jusqu'à la législation de Justinien inclusivement, nous ne trouvons dans les sources du droit romain que deux modes de régler juridiquement la succession d'une personne, la loi et la volonté unilatérale du *de cuius*. Les lois et constitutions romaines proscrivaient généralement tout contrat relatif à une succession future, qu'il s'agisse d'une renonciation ou d'une institution d'héritier, de la succession d'un contractant ou de celle d'un tiers ⁽²⁾.

⁽¹⁾ V. BONNET, t. I, p. 276 et suiv.

⁽²⁾ Le but de l'institution contractuelle pouvait bien en quelque sorte être atteint par la *Donatio mortis causa* avec renonciation au droit de révocation. Mais il n'y avait là qu'une vague analogie v. WINDSCHEID, t. II, p. 393, note 5. — Quant à la donation entre vifs de biens à venir, il est controversé qu'elle ait été permise en droit romain, v. WINDSCHEID, t. II, p. 389, note 9.

CHAPITRE II

Droits germanique et allemand.

§ 1. — LES DONATIONS A CAUSE DE MORT DE L'ANCIEN DROIT GERMANIQUE

SOMMAIRE : 3. Droit de succession des anciens Germains. — 4-6.

A. *Les donations à cause de mort dans les Lois Barbares* : Loi Salique. Loi Ripuaire. Droit Lombard et Loi des Wisigoths. — 7-11. B. *Les donations à cause de mort dans les Coutumiers et jusqu'à la fin du Moyen-Age* : a) Les donations d'immeubles des Miroirs. b) Le contrat de mariage et les donations de meubles. c) Les donations de tous biens. — 12. Causes du développement postérieur des donations à cause de mort. — 13. Les pactes successoraux réciproques des familles de la Haute Noblesse.

3. « Les Germains, dit Tacite, ont pour héritiers et successeurs leurs enfants, et ne connaissent pas le testament. » ⁽¹⁾ Faut-il en conclure que le pacte successoral était complètement inconnu chez les Germains de cette époque ? Certains auteurs, Hasse en particulier, prétendent que malgré l'allégation de Tacite, il est possible que les pactes successoraux aient existé, mais qu'ils étaient rares et manquaient probablement de force exécutoire. D'autres, comme Eschbach, sont persuadés que les Germains ignoraient alors le pacte successoral, parce que Tacite, cet esprit si profondément observateur, ne dit rien d'une cou-

⁽¹⁾ TACITE, *Germania*, chap. 20: «..... heredes. ... successorumque cuique liberi et nullum testamentum ».

tume qui aurait dû le frapper par son opposition avec les principes du droit romain, et parce que les droits inviolables de l'héritier du sang, direct ou collatéral, rendaient alors impossible ou superflue une pareille disposition.

Les anciens Germains ne connaissaient en effet qu'un seul mode de délation des successions, la succession légitime, principe qui trouva son expression dans la formule : *Solus Deus heredem facere potest*. Les règles du droit objectif et non pas la volonté du *de cujus*, décidaient du sort de sa fortune après son décès. Celui-ci ne pouvait pas même aliéner de son vivant des biens-fonds, et ses parents pouvaient ne tenir aucun compte des dispositions qui ne devaient entrer en vigueur qu'après sa mort. Mais pendant les trois siècles qui s'écoulaient depuis l'époque de Tacite jusqu'à l'envahissement des Gaules par les Germains, le caractère primitif et les mœurs nationales de ceux-ci s'altèrent peu à peu grâce à leur contact avec les Barbares du Nord, leur mélange avec les populations Gallo-Romaines. « Un résultat nécessaire, immédiat de cette décadence morale, dit Eschbach, a dû être le relâchement du lien du sang et l'affaiblissement de l'esprit de famille. » Le principe de la succession légitime fléchit donc peu à peu, car on sentait le besoin de pouvoir dans certains cas préférer un parent éloigné à un autre, ou même un étranger. Cette lutte entre le principe de la succession légitime et le besoin contraire, n'aboutit pas à l'adoption du testament. Ces actes, que l'on pouvait faire en secret et changer jusqu'au dernier moment, étaient particulièrement dangereux pour les parents, les « *blutfreunde* » qui s'y opposent formellement. Par contre la tradition de la fortune entre vifs ne présentait pas les mêmes dangers. Et c'est alors qu'on voit apparaître et se

développer peu à peu ces donations à cause de mort, spéciales au droit germanique, ces *Vergabungen von Todeswegen* qui ressemblent étrangement, du moins dans leur forme postérieure, aux pactes successoraux, et que nous allons étudier dans leur développement successif.

A. Dans les Lois Barbares (Volksrechte) ⁽¹⁾

4. La première mention d'une *Vergabung* dans un texte des lois barbares se trouve dans la *Loi Salique* ⁽²⁾ (486-496), sous le nom d'« Affatomie » ⁽³⁾. Il y est prescrit que le Franc qui n'a pas d'enfant et veut disposer de tout ou partie de sa fortune (*adoptare in hæreditatem*) doit se présenter avec celui auquel il veut la donner, à l'Assemblée ou devant le roi. Là, au moyen d'un intermédiaire nommé plus tard *Salmann* et d'une formalité symbolique (*festuca in laisum jacta*), il l'institue héritier (*heredem appellavit*), l'emmène dans sa demeure, le met matériellement en possession, et après diverses cérémonies et le délai d'un an l'institution était irrévocablement consommée ⁽⁴⁾.

Trompés par les mots *adoptare in hæreditatem*, des jurisconsultes, notamment de Laurière et Merlin, n'ont vu qu'une adoption dans cet acte de la Loi Salique, comme dans celui de la Loi Ripuaire que nous verrons plus

(1) STOBBE, t. V, page 170 à 179, § 298 « *Zeit der Volksrechte* ».

(2) *Lex Salica*: Tit. 49 de *adframire* ou de *adfathamire*.

(3) Ce mot, dont l'origine est controversée, est écrit chez les auteurs de différentes manières.

(4) BONNET, *loc. cit.* Voir également dans VIOLET la description de ces formalités pp. 862 et 863.

loin⁽¹⁾. Mais les auteurs postérieurs, Eschbach et Bonnet entre autres, en réfutant cette erreur, voient au contraire dans l'Affatomie l'origine de l'institution contractuelle, soit un acte qui, sans être un pacte successoral moderne, en contient néanmoins certains éléments constitutifs. Ils s'appuient pour cela sur l'irrévocabilité du don, qui éloigne l'idée d'un testament, et sur le fait que le donataire est à trois reprises différentes dans le texte, qualifié d'héritier. « C'était bien un contrat, ajoute Bonnet, puisque deux personnes y concouraient, l'une pour donner, l'autre pour recevoir. »

Hasse et Beseler ne partagent pas cette manière de voir. Ce n'était pas un contrat puisqu'il est question de tradition, de solennités répétées, d'actes symboliques. Selon ces auteurs l'Affatomie serait une institution particulière du droit franc, ne formant ni un pacte successoral, ni une disposition testamentaire.

5. Hasse trouve alors dans la *Loi Ripuaire* ⁽²⁾ le germe de la transformation de l'Affatomie en pacte successoral.

En effet, il est dit au Tit. 48 de cette loi, que le Franc-Ripuaire peut se faire un héritier *per scripturarum seriem seu per traditionem*. Ici encore de Laurière et Merlin se sont trompés en prenant cette *scripturarum series* pour un testament, ce qui ne peut pas être, puisque l'institution *per scripturarum seriem* était irrévocable comme celle *per affatomiam vel adfatimi* de la Loi Salique. Pour Hasse, Eschbach, Bonnet et d'autres, la loi Ripuaire offrait donc le choix entre la tradition et un acte écrit, la *scriptur. series*, qui ne serait autre chose qu'un contrat,

(1) VIOLLET y voit aussi une sorte d'adoption, v. pp. 483 et 484.

(2) *Lex Ribuaria*, tit. 48 et 49. Loi que nous ne connaissons que par la révision qu'en fit Dagobert, entre 622 et 638.

dégagé des emblèmes matériels et des formes symboliques en usage chez les Francs et les Germains, grâce à l'influence du droit romain.

A cette théorie, Beseler présente deux objections : « En consultant les anciennes sources du droit, dit-il, on s'aperçoit que *seu* était fréquemment employé dans le sens de *et*. » Si c'est le cas dans la loi Ripuaire, comme le croit Beseler, il y serait tout simplement exprimé que l'on avait coutume de rédiger également une charte pour l'Affatomie à côté de la tradition. Nous ne serions donc plus en présence d'une double forme facultative, mais bien obligatoire, la tradition ne pouvant nullement être remplacée par l'écrit. En outre, l'effet de l'Affatomie était purement réel et non personnel comme celui de l'institution contractuelle ; l'héritier ainsi créé ne représentait pas le défunt. Ainsi, dans l'Affatomie entre époux, après la mort des deux conjoints, la fortune retourne aux héritiers légitimes.

Or la controverse soulevée par Beseler a peu de valeur en elle-même. En effet, quelles que soient les différences théoriques que présentent l'Affatomie et l'institution contractuelle du droit moderne, il n'en reste pas moins vrai que l'acte décrit par les lois Salique et Ripuaire se rapproche beaucoup plus, par ses effets pratiques et surtout par son irrévocabilité, de l'institution contractuelle, que du testament ou d'un autre acte quelconque. Il en est de même d'ailleurs des actes analogues que nous rencontrons chez les Lombards, chez les Wisigoths ou chez les Burgondes.

6. D'après le *Droit Lombard* ⁽¹⁾ celui qui ne laisse au-

(1) EDICT. ROTH. (art. 173 et 174), publié en 643. V. STOBBE, t. V p. 173, « Le droit Lombard, dit-il, connaît un véritable pacte successoral. »

cun enfant peut *ante liberos homines* par un acte nommé *Thinx* ou *Thingatio*, à formes déterminées, abandonner irrévocablement sa fortune à un tiers en s'en réservant la jouissance pendant sa vie. Seule la naissance postérieure de fils légitimes du donateur, pouvait annuler l'acte. L'institué recevait par cet acte un droit réel immédiat, puisque dans la règle les aliénations quelconques étaient défendues au donateur après l'accomplissement des formalités. Ainsi, par une sorte d'adoption, l'institué, sans devenir aussitôt propriétaire de la succession, acquérait la position d'un fils en expectative d'héritage et ne recevait le droit de disposer de la succession qu'après la mort de l'instituant.

Même disposition dans la *Loi des Wisigoths* (Liv. V, Tit. 2, C. 6) : propriété héréditaire chez l'institué, jouissance viagère chez le donateur.

Les sources que nous possédons à ce sujet et qui se rapportent presque toutes aux VIII^e et IX^e siècles, ont le plus souvent pour objets des donations à une Eglise ou un Couvent. On ne saurait cependant en conclure que ces donations n'avaient pas lieu entre particuliers et surtout entre époux. Elles étaient probablement plus rares et les originaux moins bien conservés se sont perdus. L'Eglise qui prenait volontiers sous sa protection les testaments et tout ce qui s'y rapportait, chercha bien sans doute à rendre obligatoire, le plus possible, l'exécution des *Vergabungen von Todeswegen*. Mais comme il fallait encore trop compter à cette époque avec les droits des proches héritiers, cela ne pouvait avoir lieu que dans des cas rares et toujours spéciaux. De même, lorsque les testaments furent introduits dans les peuplades en contact avec les Romains, ils ne furent employés d'abord que dans des buts pieux que

les ecclésiastiques favorisaient, et cela n'alla pas toujours sans quelque résistance. C'est ce qui prouve que du temps de Tacite, ou bien les institutions d'héritier par contrat n'existaient pas, ou bien elles étaient si rares que l'historien romain pouvait très bien les ignorer.

B. *Dans les Coutumiers (Rechtsbücher) et jusqu'à la fin du Moyen-Age* ⁽¹⁾

A partir de leur introduction dans les Miroirs du XIII^{me} siècle les donations à cause de mort ⁽²⁾ deviennent de plus en plus fréquentes et se rapprochent toujours davantage du contrat d'institution d'héritier et du legs contractuel. Leur développement n'a cependant pas lieu en même temps dans tous les domaines et nous devons faire ici plusieurs distinctions suivant l'objet de la donation ou la qualité des parties.

a) *Donations d'immeubles*

7. Les premières donations à cause de mort que mentionnent les sources, ne concernent que des immeubles; l'ancien droit germanique ne permettait pas en effet de donner à un tiers des meubles (*Fahrhabe*) en s'en réservant la jouissance et la possession. Le donateur devait au contraire se dépouiller immédiatement, donner la pleine propriété (*Nutzung und Gewere*), dès qu'il s'agissait de meubles. C'était une application du principe formulé dans

(1) V. STOBBE t. V, p. 179 et suiv. § 299 « *Erbverträge des späteren Mittelalters* ».

(2) On les nommait indifféremment *Vergabung von Todeswegen* ou *Gemächde*.

le droit coutumier français par la règle « donner et retenir ne vaut. » Lorsque le donateur désirait garder la jouissance de ses meubles, la donation n'avait d'effet que si ses héritiers voulaient bien, après sa mort, remettre les biens donnés à l'institué. Aussi quoique les Miroirs se servent du terme général *Erve*, mot qui semblerait désigner une succession et dont on ne connaît pas du reste la signification exacte, il ne s'agit que d'un ou de quelques immeubles déterminés.

Le *Miroir Saxon* (1230), II, 30, exige que la donation soit, à peine de nullité, confirmée devant le tribunal. Les biens qui faisaient l'objet du contrat pouvaient ainsi être *gelobt*, c'est-à-dire assurés par une promesse contractuelle, ou *verlobt*, c'est-à-dire abandonnés par une renonciation également contractuelle. Celui qui veut léguer à un tiers un immeuble au lieu de le laisser à ses héritiers, doit confirmer la cession devant le tribunal, et obtenir le consentement des dits héritiers, à l'origine du moins. L'institué recevait alors sur l'immeuble un droit exclusif qui peut être considéré comme un droit de propriété.

Le *Miroir de Souabe* (1275) contient une disposition semblable, mais offre au choix plusieurs formes dont deux correspondent exactement aux donations à cause de mort que nous avons déjà rencontrées. Dans les Coutumiers, cependant, les droits des héritiers ressortent d'une façon plus décisive, et par suite de ses avantages la tradition devant justice devient la règle, sans qu'il soit démontré toutefois qu'elle ait toujours été une condition absolue de la transmission de propriété, comme c'était le cas dans le *Miroir Saxon*.

8. Les *Vergabungen* d'immeubles appartenaient donc au droit réel malgré leur effet plutôt successoral, car

l'attribution du bien après la mort du donateur avait sa raison juridique dans un droit réel indépendant, transmis du vivant du donateur. Pendant le Moyen-Age on ne peut donc démontrer pour les immeubles l'existence d'un acte irrévocable reposant sur un véritable contrat, n'ayant d'effet juridique qu'après la mort du donateur et dont le contenu aurait toujours été dépendant de la situation de fortune de la succession. Cependant on ne peut nier dans le fond que les *Vergabungen* poursuivaient également un but successoral. En outre le rapport juridique de l'institué avec les immeubles donnés offre plusieurs points de ressemblance avec la situation de l'héritier du droit germanique. Comme ce dernier, l'institué ne recevait qu'après la mort du *de cujus* la pleine possession des biens; tous deux pouvaient s'opposer valablement aux aliénations du donateur, et d'après le Miroir de Souabe, l'institué pouvait perdre les biens donnés de la même manière que le fils pouvait être exclu de son héritage par son père ⁽¹⁾. Enfin il est à remarquer que les passages des Coutumiers qui se rapportent à la *Vergabung*, sont placés dans la règle près du droit successoral. Toutefois il ne faudrait pas en conclure une identification complète de la situation de l'héritier et de celle du donataire à cause de mort, car il y avait encore bien des différences. C'est ainsi que le donataire n'était pas tenu de contribuer au paiement des dettes du défunt, ni de les garantir avec l'immeuble. En outre le droit de l'institué

⁽¹⁾ *Miroir de Souabe*, art. 22. Le droit Lombard connaissait déjà une disposition semblable pour la *thinx*, qui pouvait être révoquée d'après Ed. Roth. 174, pour *tales culpasquales solent ingrati filii parentibus suis facere, per quas exhereditantur*. V. STOBBE t. V p. 295, note 56.

devait se régler d'après la fortune du donateur au moment de la donation, tandis que le droit de l'héritier devait se mesurer à l'époque de la mort du *de cuius*. Mais toutes ces différences s'atténueront peu à peu à mesure que les *Vergabungen* se répandront, et dès qu'elles ne seront plus restreintes aux immeubles.

b) *Le contrat de mariage et les donations de meubles.*

9. La restriction des donations à cause de mort aux seuls immeubles, disparut bientôt dans le cours du XIII^{me} siècle. La première exception au principe qui exigeait le consentement des héritiers ou la tradition immédiate pour l'exécution d'une *Vergabung* de biens meubles, se trouve déjà dans le Miroir Saxon I, 21, § 2, en faveur du mariage. Ce miroir mentionnait en effet la « *Morgengabe* » ⁽¹⁾, sorte de dot germanique, contrat par lequel l'époux faisait à sa femme le lendemain des noces une donation quelconque comprenant en général certains objets mobiliers ou une somme déterminée, sans abandon immédiat de jouissance et sans consentement des héritiers ⁽²⁾. Depuis lors, l'usage de régler de cette manière certains effets successoraux du mariage se généralisa rapidement.

Ces institutions contractuelles primitives étaient en effet bien préférables aux dispositions variables de la notion romaine des testaments, car elles permettaient de

(1) Ce mot perdit d'ailleurs peu à peu sa signification primitive. Dans les villes de Saxe, il finit par désigner toute donation faite par le mari à sa femme, qu'il s'agisse de meubles ou d'immeubles.

(2) KUGELMANN, p. 41 « *ohne sofortige Ledigung der Gewere und ohne Erbenzustimmung* ».

fixer d'une façon durable, les droits héréditaires des époux. Ceux-ci pouvaient ainsi spécialiser ou changer à leur usage les dispositions légales dans ces pactes, qui presque toujours formaient la partie essentielle d'un contrat de mariage ou *Ehestiftung*, dans lequel étaient réglés les rapports pécuniaires des époux pendant le mariage et après la mort de l'un d'eux. Le plus souvent ces contrats peuvent être envisagés comme des pactes successoraux réciproques, c'est-à-dire que les deux époux stipulaient qu'une certaine somme d'argent, certains meubles, des immeubles ou même tous leurs biens, devaient appartenir au dernier mourant. Mais dans beaucoup de Coutumiers ces contrats devenaient caducs en cas de survenance d'enfant (*Kinderzeugen bricht Ehestiftung*).

Le caractère spécial de ces contrats de mariage, qui exigeaient la présence et la participation des plus notables et des plus proches d'entre les parents des deux époux, permit alors de prendre des dispositions qui auraient été difficilement valables en droit sans la présence de ces parents. C'est ainsi qu'on remplace peu à peu la *Morgengabe* et la *Vergabung* avec leurs formalités nombreuses par des institutions contractuelles, et surtout par des legs contractuels. Plus tard nous trouverons par exemple dans le Statut de Worms (1498) et dans la *Frankfurter Reformation* (1509) de véritables pactes successoraux, à une époque où la doctrine s'étant encore peu occupée de ces pactes, n'avait pas pu influencer sur la rédaction de ces dispositions légales.

10. Ainsi à partir du XIV^{me} siècle, les donations de meubles deviennent très fréquentes, non plus seulement entre époux, mais entre personnes quelconques ⁽¹⁾. Il

(1) L'ancien principe « donner et retenir ne vaut » fut abandonné en tous cas au XIV^{me} siècle. V. STOBBE, t. V, p. 186.

passait alors pour permis de donner par contrat (*Gabe*, *Gift* ou *Begabung*), à une tierce personne, des biens meubles ou de l'argent; le donateur pouvait rester, pendant sa vie, en possession de l'objet donné, de sorte que l'institué ne le recevait qu'à la mort du donateur. Souvent encore la validité de l'acte et sa force obligatoire vis-à-vis des héritiers, dépendaient de leur consentement. Mais cette condition disparut peu à peu, à mesure que les droits des héritiers s'affaiblissaient. L'institué était du reste à peu près dans la situation du légataire romain; il ne pouvait exiger la livraison de son legs, qu'autant que la succession suffisait pour cela, après le paiement de toutes les dettes. Ces donations, en somme de véritables legs contractuels, durent surtout leur développement aux Tribunaux d'échevins de Saxe et de Magdebourg, qui partirent de la *Morgengabe* pour organiser et permettre entre tiers des donations de meubles semblables, valables même sans consentement des héritiers. C'est grâce aux échevins que ces *Vergabungen* d'argent ou de meubles, qui offraient une si grande commodité au disposant, ne restèrent pas limitées au droit matrimonial ⁽¹⁾.

Le fait que l'institué passait après les créanciers successoraux et avant les héritiers, prouve bien que l'acte avait une nature successorale, ou en tout cas qu'il y avait là quelque chose de nouveau, complètement différent des principes du droit ancien, quoique Beseler ne veuille y voir qu'une donation ordinaire dont l'exécution était retardée jusqu'à la mort du donataire.

En effet, tandis que dans les *Vergabungen* d'immeubles,

(1) V. à ce sujet KUGELMANN, p. 42 et suiv. § 6: « *Entwicklung der Vergabungen von fahrender Habe in der Magdeburg-sächsischen Schöffenpraxis* ».

la mort du donateur n'avait d'autre signification juridique que de permettre à l'institué d'entrer en jouissance des biens donnés, les *Vergabungen* de meubles étaient de véritables actes à cause de mort, dont l'effet dépendait de la sûreté de l'institué et du contenu de la succession. Là, le contrat engendrait une propriété immédiate, le donateur ne pouvant plus disposer de l'immeuble ; ici, il avait pour effet de créer un droit, accessible seulement à la mort du *de cuius*, que rien n'empêchait de disposer des meubles promis, ses héritiers étant dans ce cas tenus à la prestation d'un équivalent pour autant que la succession le permettait. Cette distinction est d'ailleurs parfaitement explicable, le droit germanique ayant une notion très exacte de la différence entre les meubles et les immeubles ; la *Fahrende Habe* étant très mobile, facilement détruite, les *Vergabungen* de meubles ne pouvaient devenir possibles juridiquement qu'en leur donnant une nature plus successorale, en les considérant comme une charge de la succession, ce qui permettait d'obliger les héritiers au paiement d'un équivalent.

c) *Donations de tous biens.*

11. Une fois les donations de meubles admises, rien n'empêchait plus les donations de tous biens, meubles et immeubles. Ces *Vergabungen eines ganzen Vermögens* deviennent même très fréquentes vers la fin du Moyen-Age et prennent rapidement un caractère successoral encore plus accentué que celles que nous venons d'examiner.

Elles avaient lieu en vertu d'une cérémonie judiciaire, la *gerichtliche Auflassung*, une sorte de tradition, au moment de laquelle le donataire pouvait se réserver la

libre disposition des biens transmis, excepter du contrat quelques objets, imposer des charges au donataire, ou enfin se réserver le droit de révoquer le contrat. Cette dernière réserve pouvait aussi être stipulée en cas de donations d'immeubles ou de meubles, mais alors elle ne donnait au donateur que la faculté de révoquer sa disposition, tandis qu'en cas de donation de tous biens, elle lui donnait en outre le droit de disposer de chaque objet. Il en résultait que même si seule, la fortune actuelle du donateur était l'objet du contrat, c'était la succession, actif et passif, qui était transmise à l'institué, et celui-ci devait en acquitter les dettes.

Ce n'était pas encore l'institution contractuelle moderne puisqu'il était toujours question de tradition judiciaire, donnant un droit réel transmissible aux héritiers de l'institué, en cas de prédécès de celui-ci. Pourtant la tradition devient peu à peu un simple contrat passé devant un tribunal ou devant un Conseil qui en prenait acte ; plus tard, dans beaucoup d'originaux, il n'est plus même parlé de tradition. Enfin, quoi qu'il en soit, c'est bien cette donation de tous biens que les juristes prendront ensuite comme modèle pour faire la théorie des pactes successoraux.

12. Ainsi dans la période qui suit la rédaction des Miroirs, les obstacles qui s'opposaient d'abord au développement des donations à cause de mort et à leur transformation en institutions contractuelles disparaissent peu à peu ; ces pactes successoraux primitifs deviennent toujours plus fréquents, là où un véritable besoin s'en faisait sentir. Le principal obstacle était autrefois les droits des

héritiers légitimes sur toute la succession du donateur ; ces droits perdent peu à peu de leur force et finissent même par disparaître. Ainsi, en cas de donation de tous biens, il appartenait aux proches parents un droit de succession sur les meubles ou les immeubles, qu'on ne pouvait leur enlever sans leur consentement, et ces parents avaient d'abord contre le contrat conclu avec un étranger un droit de révocation. Le tribunal en tous cas devait publier une annonce, afin de permettre leur réclamation éventuelle. On finit par leur imposer un certain délai après lequel ils étaient censés consentir au contrat, et bientôt on se passa même de cette formalité. Le testament romain qui s'introduisait peu à peu dans les coutumes germaniques sous les auspices du droit canon, ne fut pas d'ailleurs sans exercer quelque influence sur cet affaiblissement du droit des héritiers. La noblesse favorisait également ces premières institutions contractuelles, qui jointes le plus souvent à des pactes de renonciation, lui permettaient de maintenir l'unité des biens dans la famille noble, au profit d'un ou de plusieurs héritiers légitimes. Et ce fait servit d'autant plus au développement de l'institution contractuelle que les familles de la noblesse étaient alors complètement autonomes ; se mettant hors du droit commun, chaque famille formait son propre droit successoral, au moyen du *Familienvvertrag*, contrat que concluait une famille noble pour régler tous les rapports de droit qui la concernaient.

13. Enfin depuis la fin du XIV^{me} siècle les familles de la Haute Noblesse concluaient fréquemment entre elles des pactes en vertu desquels une des familles contractantes devait hériter du territoire possédé par l'autre, en cas d'extinction de tous les membres, aptes à succéder, de

cette famille. Dans la règle les contractants se concédaient des droits de succession réciproques. A l'origine ces pactes ou « *Erbverbrüderungen* » eurent des effets de droit réel, semblables aux premières *Vergabungen*, puis comme ces dernières, ils finirent par se transformer et devinrent des pactes à effets successoraux. Les juristes en firent la théorie et les classèrent parmi les autres pactes successoraux, mais ils appartiennent plutôt au droit public qu'au droit privé, et n'ont plus qu'une importance historique.

§ 2. — NAISSANCE ET DÉVELOPPEMENT DU CONTRAT D'INSTITUTION D'HÉRITIER ET DU LEGS CONTRACTUEL MODERNES

SOMMAIRE : 14. Controverse relative à l'origine du pacte successoral. — 15. Théorie de Beseler reposant sur la *communis opinio doctorum*. — 16. Réfutation de cette théorie. — 17. Influence réelle du droit romain et de la doctrine sur la transformation des anciennes *Vergabungen* en pactes successoraux. — 18. Développement du contrat d'institution d'héritier et du legs contractuel dans les législations, à partir de la fin du XV^{me} siècle.

14. Le droit germanique n'a guère connu de véritables pactes successoraux, à part ceux contenus dans les contrats de mariage, avant la fin du XVII^{me} siècle. Et c'est à ce sujet que se place la grande controverse qui divise les juristes allemands. Faut-il admettre que les anciennes *Vergabungen* par une transformation lente et successive, sont devenues peu à peu les institutions contractuelles que nous connaissons, ou bien celles-ci sont-elles une création pure et simple de la doctrine, basée sur une fausse application des principes de la *Vergabung* et surtout, sur une généralisation trop théorique de quelques cas spéciaux et exceptionnels?

15. Cette dernière opinion a été longuement exposée et défendue par Beseler, dans son ouvrage « *Die Lehre von den Erbverträgen* ». Selon lui, les *Vergabungen von Todeswegen* n'ont absolument rien de commun avec l'institution contractuelle. Ces donations, le plus souvent révocables, étaient des actes unilatéraux qui reposaient sur la tradition, l'*Auflassung*, et faisaient partie du droit réel. Sous l'influence du droit romain qui s'infiltrait peu à peu et du droit canon qui favorisait les testaments romains, les *Vergabungen* disparaissent et cèdent la place tout naturellement, non pas au contrat successoral, mais au testament. Par suite du besoin de faire une donation, dont l'effet serait retardé jusqu'à la mort du donateur, on en vient à la disposition unilatérale de dernière volonté, ou testament, dont le droit romain offrait l'exemple. Par contre, dans certains cas, on voulut que cette donation à cause de mort devint irrévocable, afin d'assurer une certaine stabilité aux rapports juridiques qu'elle avait pour but de créer. Ainsi pour les dispositions de droit successoral dans les contrats de mariage, pour l'*Erbverbrüderung* et l'*Einkindschaft*. Mais ces deux derniers actes furent placés par erreur parmi les espèces de pactes successoraux, car l'*Erbverbrüderung* relève plutôt du droit public et l'*Einkindschaft* est une sorte d'adoption, un contrat dans lequel l'institution d'héritier n'était qu'un moyen de parvenir au but qu'on se proposait, soit de placer sur un pied d'égalité au point de vue successoral des enfants de différents lits. Par contre, on trouve dans le Statut de Worms et la Réforme de Francfort de véritables institutions d'héritier contractuelles organisées pour les contrats de mariage. Mais à part les pactes de renonciation et ces cas isolés, on ne sentait nullement le besoin

d'étendre les pactes successoraux, et le droit germanique aurait conservé les institutions contractuelles pour le seul cas du contrat de mariage, comme le droit français, sans l'influence des juristes tout puissants à cette époque, à qui l'on doit la généralisation des pactes successoraux dans les pays de droit germanique. Ces juristes se divisent alors en deux écoles :

D'abord les romanistes, qui veulent maintenir la prohibition des pactes successoraux, contenue dans les Pandectes, mais sont cependant forcés de reconnaître comme seules exceptions, premièrement l'*Erbverbrüderung* et l'*Einkindschaft*, et plus tard seulement, les pactes successoraux des contrats de mariage. Cette école fondait la validité de ces cas, sur l'analogie et l'assimilation aux testaments militaires romains.

Puis viennent les germanistes, qui regardent ces exceptions à la règle romaine comme des successions contractuelles particulières au droit germanique. En vertu du principe de la validité absolue de tous les contrats dans ce droit, ils cherchent à généraliser l'admission des pactes successoraux, et en font dans ce but la théorie complète. Pour cela, ils se mettent à étudier les anciennes *Vergabungen* et frappés de leur ressemblance avec les institutions d'héritier contractuelles, ils finissent même par les identifier avec elles.

Après une longue lutte entre les deux tendances, les germanistes réussissent à l'emporter au nom du droit national et à introduire leurs pactes successoraux dans la pratique et dans les législations des XVII^{me} et XVIII^{me} siècles. Pendant cette lutte, les *Vergabungen* avaient complètement disparu, et à leur place les juristes avaient créé une sorte de pacte successoral qui avait une *obligatio*

romaine pour effet et non plus un droit réel. L'origine des pactes successoraux doit donc être recherchée, non pas dans une tendance des usages germaniques ou un besoin pratique, mais bien dans la seule opinion commune des juristes, la *communis opinio doctorum*. Cependant Beseler n'hésite pas à reconnaître la validité des pactes successoraux, cette *communis opinio* étant pour lui une source suffisante du droit. ⁽¹⁾

16. Cette théorie, quoique exacte à certains points de vue, a été critiquée et réfutée avec raison par la plupart des juristes modernes allemands, par Mittermaier, Dernbourg, Windscheid, Eichhorn, Blüntschli, et d'autres encore.

En effet, l'opinion commune des juristes peut bien modifier ou définir une institution déjà existante, mais elle ne peut pas créer de toutes pièces un acte juridique ; pour cela, il faudrait que cet acte correspondît à un besoin pratique, ce qui est nié par Beseler dans le cas particulier. La conscience juridique même du peuple, la coutume, ne devient pas une source du droit sans s'être donné une forme extérieure par la pratique ; la simple opinion théorique des juristes ne peut donc pas d'elle-même devenir un principe de droit ; pour fonder le pacte successoral il fallait bien que ces juristes eussent devant les yeux, si ce n'est un acte dans la forme qu'ils lui donnaient, du moins un acte à peu près semblable, existant déjà dans la pratique. Ils ne purent par conséquent que

(1) Voir surtout pour les polémiques des juristes du XV^e et du XVI^e siècles, au sujet des pactes successoraux : BESELER, t. II, § 5 « *Romanisirende Auffassung der Erbverträge* » et § 6 « *Germanistische Auffassung der Erbverträge* ».

contribuer au développement, théorique surtout, des pactes successoraux.

En outre, la solution de cette controverse dépend du point de vue auquel on se place. Si l'on comprend sous le nom de pacte successoral un contrat qui donne ou enlève la qualité d'héritier ou de légataire, il est évident que ce contrat est absolument moderne puisque ce n'est qu'au commencement de notre siècle que le véritable caractère des pactes successoraux fut reconnu.

Mais si nous appelons pacte successoral, un acte bilatéral entre vifs, ayant pour objet une future succession, s'opposant à la disposition testamentaire par son irrévocabilité et faisant partie des contrats du droit des obligations, nous serons bien forcé de reconnaître que le XIII^e siècle déjà nous offre l'exemple d'actes pareils, et nous ne croyons pas que ces actes soient une création pure de la théorie des juristes. ⁽¹⁾

17. Grâce à la réception du droit romain, on en vint en effet, peu à peu, à envisager le donataire de la *Vergabung* comme un héritier du donateur. La *Vergabung* étant alors révocable, Beseler en conclut que cet acte se transforma en testament, sauf dans les contrats de mariage, où, irrévocable, elle devint une institution contractuelle. Mais il ne faut pas oublier que depuis le commencement du XVI^e siècle ces institutions contractuelles des contrats de mariage existaient déjà dans les législations, que leur forme plus commode devait les faire sortir de leur sphère étroite ⁽²⁾ et que le clergé cherchant à s'assurer des dispo-

⁽¹⁾ Voir HUBER, *Schw. Priv.* IV, p. 662.

⁽²⁾ Si les institutions contractuelles restèrent dans le droit français restreintes au seul contrat de mariage, cela provient d'une tout autre cause que nous étudierons plus loin.

sitions irrévocables, les trouvait bien préférables aux testaments et fit tous ses efforts pour leur extension. Puis, en même temps la tradition germanique, la *gerichtliche Auflassung*, peu commode avec toutes ses formalités, disparaissait pour faire place à un contrat, soit à un simple engagement écrit qui en tenait lieu. Alors, grâce à la notion romaine du contrat et de l'obligation qui en résultait, ces *Vergabungen* devenaient de plus en plus irrévocables et se transformaient non pas en testaments mais bien en institutions contractuelles. A cette époque où les Cours de justice, imbuës de droit romain, ne jugeaient que d'après les principes des Pandectes, on cherchait avant tout à s'assurer de la validité des actes que l'on faisait. Pour cela, on recourait aux échevins, aux notaires, qui par des moyens détournés, des subtilités, aidèrent à la transformation des anciennes donations de tous biens à cause de mort, en institutions contractuelles. ⁽¹⁾

Sans doute les juristes de l'époque contribuèrent beaucoup au développement de ces pactes, sans eux peut-être le droit romain eût fini par triompher comme en France. La lutte entre les deux tendances n'aboutit donc pas à la création du pacte successoral comme le croit Beseler, mais bien à la victoire des coutumes nationales sur le droit étranger malgré sa réception officielle. ⁽²⁾

(1) Dans ces actes, le donataire était appelé héritier, et le droit de propriété sur l'ensemble des biens du donateur, sur le *Gesamteigentum*, devenait un droit successoral

(2) BESELER prétend (t. II, p. 177) que les pactes successoraux ne purent se développer que grâce à la disparition des anciennes *Vergabungen*, causée elle-même par l'influence du droit romain, et il ajoute (t. II, p. 190) que même dans les contrats de mariage, l'institution contractuelle ne fut pas reconnue avant la réception complète du droit romain. STOBBE (t. V, p. 190, note 44) fait remarquer

Pendant cette lutte, provoquée d'ailleurs par les adversaires mêmes du pacte successoral, les germanistes avaient construit la théorie de ce pacte, théorie fausse mais qui subsista jusqu'au commencement de notre siècle, jusqu'à Hasse.

18. Le développement de l'institution contractuelle dans la législation allemande correspond du reste à la voie suivie par la doctrine.

Depuis la fin du XV^e siècle les codifications ou *Landrechte* règlent surtout les pactes successoraux dans les contrats de mariage, mais elles les considèrent encore souvent comme absolument révocables, en tant que matière mixte tenant du contrat et du testament. Les pactes successoraux entre époux et les testaments réciproques atteignaient donc pratiquement le même but. Ceux-ci n'étaient en effet des testaments révocables que du vivant des deux époux et acquéraient après la mort de l'un des conjoints, l'effet des pactes successoraux ⁽¹⁾. Ces derniers étaient également des testaments d'après leur effet, pendant la vie des deux époux, et ne recevaient la nature des contrats qu'après la mort de l'un d'eux. La doctrine distinguait alors ces contrats révocables ou *pacta dotalia mixta*, des véritables

à ce sujet avec raison que si l'opinion de Beseler était exacte, on ne comprendrait pas pourquoi les romanistes ont combattu si vivement le pacte successoral bien avant la réception définitive du droit romain en Allemagne, puisque, de l'avis même de BESLER, cette réception n'eut pas lieu partout avant le commencement du XVI^e siècle.

(1) « C'est ainsi que les nombreux actes juridiques que nous trouvons dans les collections des XVI^e et XVII^e siècles sous le nom de *testamenta reciproca*, ne sont pour la plupart que des institutions contractuelles réciproques, dans le sens que nous attribuons aujourd'hui à ce mot (sauf la possibilité de révoquer), et beaucoup d'entre eux portent même le titre de contrats. » HARTMANN, p. 22.

contrats successoraux irrévocables, qu'elle nommait *p. dot. simplicia*.

Le Statut de Worms (IV 2, tit. 8) de 1498 ainsi que celui de Fribourg, permettaient les *pacta dotalia mixta* seulement. La *Gerichtsordnung* de Bâle, en 1539, permet aussi la révocation des *pacta dotalia*, mais on peut renoncer à ce droit lors de la conclusion du contrat. Les Constitutions de Saxe ne les permettaient que sous forme de testaments révocables. La Réforme de Francfort n'autorisait les institutions contractuelles qu'entre époux mourant sans enfant, sans testament et sans avoir usé du droit de révocation. En outre, les *Landesordnungen* de diverses contrées organisent encore et admettent sans réserve les pactes successoraux entre époux depuis le milieu du XVI^e siècle et dans le courant du XVII^e (1).

Enfin, dès le XVIII^e siècle les codifications allemandes reconnaissent et généralisent le pacte successoral. D'abord en Saxe (1746), puis en Bavière (*C. Max. Bav.* de 1756), dans le *Landrecht* prussien (1794) et dans d'autres législations modernes que nous examinerons plus loin.

§ 3. — HISTOIRE DU PACTE DE RENONCIATION

SOMMAIRE : 19. Renonciation de la loi Salique. — 20. Théorie de Beseler. — 21. Le pacte de renonciation dans les Coutumiers. — 22-23. Influence de la noblesse et du droit canon sur le développement des pactes de renonciation.

19. Au titre 43 de la loi Salique se trouve une disposition dans laquelle on a voulu voir l'origine du pacte de renonciation. Il y est dit en effet que le Franc Salien (*qui*

(1) STOBBE, t. V, p. 277 et suiv.

se de parentilla tollere vult) peut se détacher complètement de sa famille (*de tota ratione illorum sc. parentum*), par conséquent même au point de vue successoral, cela au moyen d'un acte symbolique et solennel accompli devant le Tribunal ⁽¹⁾. Or cette séparation était un acte unilatéral, ne contenant aucune renonciation de droits héréditaires et n'ayant pas un but successoral. L'effet de cet acte était d'anéantir juridiquement la parenté, et il en résultait indirectement que celui qui se séparait ainsi perdait son droit de succession, de même que sa famille ne pouvait plus hériter de lui. Mais comme le fait remarquer Stobbe, l'auteur de cet acte ne renonçait pas plus à son droit héréditaire qu'un suicidé.

20. Beseler trouve de son côté la source du pacte de renonciation dans l'acte par lequel les héritiers donnaient leur consentement pour une aliénation ou une donation d'immeubles, et renonçaient par conséquent à leur droit de succession sur ces immeubles. A ces premières renonciations seraient venues s'adjoindre plus tard, celles contenues dans la dotation des enfants « *Abschichtung der Kinder aus der Were* » et celles en usage pour les filles dans la noblesse.

Stobbe et Albrecht ont critiqué avec raison cette manière de voir. Les héritiers par leur présence à l'acte de donation ou d'aliénation ne faisaient que consentir à ce que la fortune actuelle du donateur fût ainsi changée et à ce que leur succession éventuelle fût diminuée d'autant, mais ils ne renonçaient à aucun droit successoral. Quant aux deux autres sortes de pactes mentionnés par Beseler, ce sont bien là les véritables pactes de renonciation primitifs.

(1) Voir la description de cet acte dans VIOLLET, p. 483.

21. Nous avons vu en effet dans le Miroir Saxon (I, 13), qu'une succession ⁽¹⁾ pouvait être « *verlobt* », c'est-à-dire abandonnée par renonciation, du vivant même du *de cujus*. Cette renonciation était faite par les enfants que leurs parents dotaient ou établissaient. La conclusion judiciaire était exigée, mais le défaut de cette formalité n'annulait pas toujours le contrat; il n'avait pour effet que de rendre toujours possible la rétractation par serment ⁽²⁾.

Ces arrangements étaient très fréquents au Moyen-Age sous le régime des Coutumiers: les fils, qui voulaient s'établir, ou les filles qui se mariaient, recevaient de leur père une certaine quantité de biens, soit une dot, et renonçaient en même temps à leur futur droit de succession ⁽³⁾. D'après plusieurs législations, le fait même de recevoir cette dot était considéré comme une renonciation à tout autre droit successoral, tandis que d'après les autres, l'enfant doté pouvait faire valoir ses droits de succession, sauf rapport de sa dot, s'il n'avait pas expressément déclaré lors de la dotation, qu'il renonçait à ses droits éventuels. La renonciation avait lieu dans la règle au profit de certains autres héritiers, en général les frères et sœurs du renonçant; le plus souvent elle ne détruisait pas le droit de succession, elle modifiait seulement

(1) Nous employons le mot succession, quoique le terme « *Erbe* » fût plutôt l'équivalent d'une certaine quantité de biens-fonds (v. p. 22).

(2) Miroir Saxon, I, 13, § 2. La plupart des sources mentionnent des formes solennelles particulières exigées à peine de nullité pour le pacte de renonciation, v. STOBBE, t. V, p. 304, notes 8 et 10.

(3) Les renonciations unilatérales produisaient d'ailleurs le même effet; le contrat ne fut qu'un moyen de rendre obligatoire la renonciation, but qui pouvait être atteint également par la renonciation en justice, v. STOBBE, t. V, p. 305.

l'ordre successoral. Le renonçant pouvait par conséquent, s'il s'était réservé cette faculté, faire valoir ses droits, au cas où les personnes ou les classes de personnes, en faveur desquelles la renonciation avait été faite, étaient prédécédées ou ne se présentaient pas à la succession lors de son ouverture. C'était la réserve appelée « *bis auf den ledigen Anfall* », réserve que l'on finit bientôt par sous-entendre, la renonciation étant toujours, sauf disposition contraire, présumée faite seulement au profit des cohéritiers de même rang et de leurs descendants.

22. Ces renonciations se développèrent rapidement grâce à la noblesse qui comprit bien vite quel parti elle en pouvait tirer. Dans le but de maintenir l'éclat de la famille, d'éviter le morcellement de ses biens, on dotait les fils puînés à leur majorité, les filles en les mariant, et on faisait renoncer les cadets au profit de l'ainé et de sa descendance, les filles au profit de leurs frères. Les renonciations des héritiers masculins étaient toutefois moins importantes et la plupart des sources se rapportent aux femmes. Celles-ci n'avaient il est vrai en droit germanique, qu'un droit de succession restreint, puisqu'elles étaient exclues de la succession aux immeubles, ou placées en tous cas après tous les agnats. Mais à partir du XIII^{me} siècle, le commerce donnait toujours plus d'importance aux biens meubles, à la *fahrende Habe*, tandis que le christianisme de son côté tendait à développer un droit successoral plus favorable aux femmes, dans les villes et surtout dans la bourgeoisie. La noblesse se servit alors du pacte de renonciation contre l'égalité de partage des meubles, et contre le christianisme. Quant au droit romain, qui d'ailleurs n'eut guère une influence prépondérante en Allemagne avant la fin du XV^{me} siècle, la noblesse le crai-

gnait moins, grâce à son autonomie législative en matière successorale. Les pactes de renonciation n'étaient cependant pas employés uniquement par la noblesse, la bourgeoisie en profitait souvent, et quand le droit romain fut reçu en Allemagne, cette coutume était trop profondément enracinée dans le droit germanique pour qu'on pût la laisser de côté en faveur du droit étranger.

23. Devant la prohibition du droit romain on chercha donc une échappatoire et c'est le droit canon qui l'offrit. « Quand bien même la *lex civilis* rejette (*improbet*) le pacte de renonciation, le pacte d'une fille qui lors de son mariage déclare vouloir se contenter de sa dot, sera valable si elle le confirme par serment (C. 2, in VI, t. I, 18) » C'était une application du principe canonique, d'après lequel un acte juridique imparfait en lui-même pouvait devenir valable, s'il était solennellement confirmé. D'ailleurs, bien longtemps avant que le droit romain n'eût mis en doute la validité du pacte de renonciation, la coutume exigeait déjà la confirmation du pacte de renonciation par serment. Aussi la décision du droit canon fut étendue à tous les autres pactes et là où la coutume n'exigeait pas leur confirmation par serment, comme dans le droit saxon, on continua à les autoriser sans cette formalité.

Le droit romain fut encore battu sur ce point et la noblesse put continuer à se servir des pactes de renonciation qui bientôt ne résultèrent plus de la décision libre du renonçant, mais furent imposés par plusieurs coutumes ou statuts. Malgré ces coutumes qui déclaraient que les filles n'auraient pas d'autre droit héréditaire que leur dot, on continuait à faire déclarer à celles-ci qu'elles renonçaient à ce droit qui ne leur appartenait plus. Puis, quand cette déclaration même fut tombée en désuétude, les filles pas-

sèrent pour avoir renoncé *ipso jure*. Par contre, dans les familles de la chevalerie les renonciations étaient restées volontaires, parce qu'il manquait de statut ou de loi limitant le droit de succession des filles à leur dot. Cependant peu à peu, lorsque dans une famille il était fait un acte de renonciation à chaque mariage, il finissait par naître la conviction juridique et la coutume que les filles n'avaient qu'un droit de succession limité à leur dot, et de volontaires les renonciations devenaient forcées. Cette transformation n'apparaît que depuis la fin du XVI^e siècle.

D'abord restreints au cas d'établissement des fils et de mariage des filles, les pactes de renonciation furent ensuite généralisés par la doctrine qui en forma une institution générale. Elle les plaça également parmi les espèces des pactes successoraux dans le droit des obligations, et les fit admettre bientôt dans toutes les codifications du droit germanique, ainsi que nous le verrons dans le paragraphe suivant.

§ 4. LE PACTE SUCCESSORAL DANS LES LÉGISLATIONS MODERNES ET LE CODE CIVIL ALLEMAND.

SOMMAIRE : 24. Législations modernes de l'Allemagne. — 25. Système du Code civil allemand.

24. Il est généralement reconnu par les auteurs comme par les tribunaux que les pactes successoraux sont admis sans restriction dans le droit commun allemand, la réception du droit romain n'ayant pas réussi à faire disparaître cette coutume du droit germanique. Quant aux législations, toutes les plus importantes l'admettent sans réserve, en Allemagne du moins. Ainsi les *Landrechte* de Bavière, Prusse et Wurtemberg, le Code Saxon, et les droits

successoraux de Thuringe, du Schleswig-Holstein, du Hanovre, etc, permettent de s'attribuer des droits successoraux par contrat ou de renoncer de même à un droit de succession éventuel. Cependant, le *Landrecht* prussien (I 12, § 649) ne mentionne le pacte de renonciation que pour le cas de renonciation à la réserve; par contre les effets du pacte s'étendent aux héritiers du renonçant prédécédé, ce que l'on peut d'ailleurs stipuler valablement d'après le Code Saxon (§ 2560). Ces codifications diffèrent en outre au sujet de la forme et de la capacité exigées, de l'effet des conditions immorales ou illicites, etc; nous verrons en détails la plupart de ces différences dans notre troisième partie.

Quant au Code Autrichien il ne reconnaît pas le legs contractuel et n'autorise l'institution contractuelle qu'entre époux ou fiancés en vue de leur mariage. Le pacte de renonciation peut toutefois être conclu entre personnes quelconques; ses effets s'étendent aux descendants du renonçant s'il meurt avant le *de cuius*.

Les codes de la Suisse allemande admettent presque tous le pacte successoral, comme les codifications de l'Allemagne. Nous étudierons ces codes dans le chapitre consacré aux législations suisses.

25. Le *Code civil Allemand* ⁽¹⁾ contient également sur le pacte successoral des dispositions très larges. Ce code pose en effet au commencement du droit des successions le principe de la délation contractuelle :

Art. 1941. « *Le défunt, par contrat, peut instituer un héritier, faire des legs ou établir des charges (pacte successoral).* »

(1) Promulgué le 18 août 1896 pour entrer en vigueur le 1^{er} janvier 1900.

« L'héritier contractuel ou le légataire peut être aussi bien l'autre contractant qu'un tiers. »

Ensuite le Code dans un chapitre placé après le testament, s'occupe d'abord des pactes successoraux « *Erbverträge* » comme troisième mode de délation. Les articles 2274 à 2302 sont consacrés à des questions de forme, de capacité, d'annulation et d'extinction du pacte successoral. Est nulle la convention par laquelle une personne s'engage à faire ou à ne pas faire, à éteindre ou à ne pas éteindre, une disposition à cause de mort.

Le chapitre relatif au pacte de renonciation « *Erbverzicht* » vient après l'indignité en matière successorale, en tant que cause d'incapacité de succéder :

Art. 2346. *« Les parents ainsi que le conjoint du de cujus, peuvent, par contrat avec celui-ci, se désister de leur droit héréditaire. Le désistant est exclu de la succession légale, comme s'il ne vivait plus au moment de la dévolution ; il n'a pas droit à une réserve. »*

Le désistement peut aussi être limité au droit à la réserve. »

Outre la renonciation au droit de succession légale contenue dans cet article, le Code prévoit à l'article 2352 la renonciation aux droits de succession provenant d'un testament ou d'un contrat :

« Celui qui, par testament, est institué héritier ou gratifié d'un legs peut se désister de la libéralité par contrat avec le de cujus. Il en est de même de la libéralité faite à un tiers par un pacte successoral. »

Enfin les articles 2347 à 2352 règlent la forme du pacte, la capacité requise pour le conclure et ses effets.

CHAPITRE III

Droit Français.

§ 1. LE PACTE SUCCESSORAL DANS LE DROIT COUTUMIER.

SOMMAIRE : 26. Influence des Lois Barbares. — 27. Emploi général des pactes successoraux jusqu'aux XIII^e et XIV^e siècles. — 28. Influence prépondérante du Droit Romain et des romanistes en faveur de la prohibition des pactes successoraux. — 29. Rédaction des Coutumiers. — 30. Influence de la féodalité sur le développement de l'institution contractuelle et du pacte de renonciation. — 31. Prohibition des pactes successoraux dans le Droit Révolutionnaire.

26. Ce que nous avons dit à propos des premières apparitions d'un acte semblable à l'institution contractuelle dans le droit germanique, peut s'appliquer au droit coutumier français. Les législations des peuples barbares qui ont le plus fortement influé sur ce droit sont en effet celles des Francs, des Wisigoths et des Burgondes. Les Francs Saliens surtout portèrent au loin, en France et en Allemagne, leurs usages et leurs lois ; aussi, grâce au principe alors applicable de la personnalité du droit, la loi Salique et son Affatomie durent se répandre rapidement, ainsi que les institutions semblables des Francs Ripuaires et des Wisigoths. Les sources en tous cas nous en offrent de nombreux exemples. Ainsi Grégoire de Tours (Liv. II, Ch. 20) cite le traité passé à Andelot, en 587, entre Gon-

thram, roi de Bourgogne et son neveu Childebert, roi d'Austrasie, au sujet de la succession de Gonthram et de celle de Brunehilde, mère de Childebert, qui figure également à l'acte.

27. Depuis l'époque des Lois Barbares jusqu'au XIV^e siècle, ces sortes de donations à cause de mort par contrat semblent se développer indifféremment, comme en Allemagne, dans tous les actes et dans toutes les circonstances, et non pas seulement dans le contrat de mariage. Au XIII^e siècle, en tous cas, dans les pays de coutumes il en était encore ainsi. Cela semble du moins résulter d'un passage de Pierre de Fontaines, qui dans les « Conseils à son ami », dit au Chap. 15, § 7 : « La convenanche ke tu dis ki fut fête entre deus frères qui n'avaient nul anfant, ke li-quez ki morust devant, ses héritages revenist à l'autre, ne puet riens nuire al ainzné en franc-fié, ne as autres anfans en vilenage. . . » Au XV^e siècle même, cette pratique n'aurait pas encore complètement disparu dans la coutume d'Auvergne, si nous en croyons Masuer : « Ce que nous venons de dire touchant les institutions testamentaires, dit-il au tit. 32, n^o 13 des *Pratica forensis*, n'a lieu en la conventionnelle, si elle est faite en contrat de mariage ou de société, car elle est bonne partout et en tout en faveur des dits contrats. » De même au titre 28, n^o 9 : « Institution conventionnelle vaut pour le tout en deux cas, à savoir en contrat de société de tous et chacuns les biens des contractans . . . de manière que s'il était porté et convenu par les contrats d'associations que le survivant succédât au prémourant, la convention serait bonne. »

A l'origine, il n'y eut donc aucune différence entre les institutions contractuelles primitives du droit coutumier français et celles du droit germanique, et ce fait sem-

blerait donner raison à Beseler, quand il prétend qu'en Allemagne l'institution contractuelle ne dut son développement ultérieur qu'à l'influence de la doctrine, tandis qu'en France elle suivit sa voie naturelle et rationnelle en restant limitée aux contrats de mariage. Et pourtant la différence entre les deux pays semble provenir d'autres causes, que nous allons examiner.

28. Le droit romain, qui prohibait tous les pactes successoraux, pénétra plus tôt en France qu'en Allemagne, et quand eut lieu la réception du droit romain dans les pays de droit germanique, il y avait plusieurs siècles que le droit de Justinien régnait en maître dans le midi. Avant que l'institution contractuelle ait pu complètement triompher des deux règles coutumières : « *Solus Deus heredem facere potest* » et « donner et retenir ne vaut », elle se trouvait donc en présence du droit romain qui tendait toujours plus à pénétrer dans les pays de coutumes. Le droit romain fascinait surtout les juristes français par sa clarté et sa précision, et grâce à l'influence de l'école de Bologne la doctrine française n'est bientôt plus formée que de romanistes. A partir du XVI^{me} siècle en tous cas, les juristes français abandonnent les traditions et les coutumes nationales pour se tourner de plus en plus vers le droit romain. Ainsi quoique la réception du droit romain ne fut pas aussi officielle en France qu'en Allemagne, ce droit y exerça une tout aussi grande influence, surtout en ce qui concerne la matière qui nous occupe.

En outre il n'y eut pas en France une école de droit national comme celle des germanistes, pour combattre les prétentions du droit étranger; au contraire, avocats et auteurs, tous ne cherchaient qu'à appliquer le droit romain. Les quelques ouvrages relatifs au droit coutumier

français ne sont que des compilations, ou des essais d'unification plus ou moins mélangés de droit romain, tandis que la théorie pure restait réservée à l'étude des Pandectes ; les juristes allemands, par contre, analysent et comparent les institutions juridiques nationales. Toutefois, Hotman écrit en 1586 au sujet d'un cas d'*Erbverbrüderung* : « Il y a donc chez les peuples modernes une institution tout à fait inconnue des anciens juristes, savoir une succession contractuelle, ainsi que des héritiers contractuels (*heredes conventionales*). » Mais Hotman était du reste un des rares adversaires de la prépondérance du droit romain en France et Beseler le cite parmi les germanistes. Aussi plus tard, quand l'institution contractuelle se trouvera si fortement cantonnée dans le contrat de mariage que le droit romain ne pourra plus l'en déloger, forcés de s'en occuper, les auteurs français placeront son origine soit dans la féodalité ⁽¹⁾, soit même dans le droit romain, afin de justifier plus facilement cette exception à la prohibition générale des pactes successoraux. Pour de Laurière et Merlin par exemple, l'usage des institutions contractuelles en France proviendrait d'une extention de la loi 19 *de pactis* que les juristes de l'école de Bologne auraient faite en faveur des nobles de la Lombardie. De là cette disposition aurait passé dans le II^{me} Livre des Fiefs au Titre 29, puis dans le droit coutumier français. Or nous avons déjà vu que la source de l'institution contractuelle ne se trouve point dans la loi 19 *de pactis*, ni même dans une imitation ou dans une fausse application de cette loi.

29. Enfin, les Coutumiers allemands sont rédigés dès

(1) FURGOLE prétend que l'institution contractuelle est purement du droit français qui l'a introduite. LAFERRIÈRE voit son origine dans le droit féodal.

le commencement du XIII^{me} siècle, à une époque où le droit romain pénètre à peine et n'est encore nulle part reçu officiellement. Ces Miroirs, œuvres vraiment nationales, organisent des donations à cause de mort ou des renonciations, qui ont beaucoup de rapport avec les pactes successoraux et qui serviront plus tard de germes à leur développement. En France, les Coutumiers n'apparaissent qu'aux XIV^{me} et XV^{me} siècles, alors que le droit romain fleurit depuis des siècles dans la pratique et dans la doctrine, est adopté dans les pays de droit écrit et fonctionne comme droit subsidiaire dans les pays de coutumes. Et ces recueils de coutumes mêmes, sont rédigés le plus souvent par des romanistes, ennemis de tout ce qui est contraire à leur droit favori. Pour trouver grâce devant eux et pour ne pas succomber devant le droit romain, il fallait bien que les pactes successoraux eussent rencontré dans la féodalité une alliée puissante, dont l'influence se fit sentir en France plus fortement encore peut-être, qu'en Allemagne.

30. Les pactes successoraux servaient admirablement en effet les intérêts de la féodalité. Pour assurer le service de guerre des fiefs héréditaires, tout suzerain avait droit de contrôle sur les mariages de ses vassaux. Il advint alors tout naturellement, qu'à propos de ces mariages et dans les contrats mêmes que l'on en dressait sous les yeux du seigneur, on fit des dispositions pour régler la succession du fief et en assurer la desserte. De là comme l'a remarqué Montesquieu (*Esprit des Lois*, liv. 31, chap. 34), l'usage fréquent de l'institution contractuelle par contrat de mariage, surtout dans la noblesse, qui en fit un de ses privilèges. Mais elle ne resta pas cependant limitée à la noblesse, car une fois que celle-ci eut définitivement

vaincu la prohibition du droit romain, l'institution contractuelle pénétra même dans les pays de droit écrit et s'étendit, « *in favorem matrimonii* » disent les anciens auteurs, dans beaucoup de coutumes à l'aristocratie bourgeoise et finalement à la roture. « Dans les pays de coutumes, dit Merlin ⁽¹⁾, l'institution contractuelle qui se rapportait aux nouveaux époux et à leurs enfants fut depuis lors d'un usage juridique général et dans les pays de droit écrit, elle fut également très favorisée par les cours de justice et ainsi elle devint la « Coutume générale non écrite du royaume » (Coquille) tandis qu'une constante et universelle jurisprudence avait reconnu la validité de ces pactes ». Grâce à cet usage, l'institution contractuelle ainsi limitée aux contrats de mariage trouva place dans presque tous les Coutumiers; elle fut mentionnée dans les Ordonnances d'Orléans et de Moulins que promulgua Charles IX, et Daguesseau la rappela dans celles qu'il publia en 1731 et 1747. En Auvergne, l'institution d'héritier put même s'effectuer jusqu'à la fin de l'ancien régime, sans contrat de mariage par pacte ou convenance apposée dans un contrat d'association universelle ⁽²⁾.

Par réaction contre l'égalité des partages que tendaient à établir le christianisme et le droit romain, et dans le but « de conserver la splendeur des familles » la noblesse s'empara également des renonciations contractuelles. Elle trouva ces pactes en usage dans les pays de coutumes, provenant, comme en Allemagne, de l'habitude qu'on avait de doter les fils à leur majorité, les filles à leur ma-

(1) Répertoire universel et raisonné de jurisprudence, Institution contractuelle, t. 13, p. 195 et suiv.

(2) VIOLLET, p. 888.

riage. Les renonciations des filles deviennent très vite plus importantes que celles des cadets, et sont maintenues malgré la prohibition romaine, grâce à la règle de droit canonique que nous avons vue plus haut et qui permettait aux filles de conclure en se mariant des pactes de renonciation valables, pourvu qu'ils fussent confirmés par serment. Les filles déclaraient donc presque toujours dans leur contrat de mariage qu'elles se contentaient pour toute succession de la dot constituée à leur profit par leurs père et mère; le plus souvent une dot dérisoire, un « Chapel de roses » suffisait pour dépouiller les filles de leur droit successoral. Cet usage fut érigé en loi par un grand nombre de statuts ⁽¹⁾; la jurisprudence proclama ces statuts éminemment favorables, et les romanistes surent les plier aux principes de la loi romaine, en disant que, à l'exemple de la Nouvelle 118, ils avaient leur fondement dans la volonté présumée des défunts et dans l'usage général des testateurs.

Adoptés par la bourgeoisie, de tous temps avide d'imiter la noblesse, les pactes de renonciation se répandirent également au nord comme au sud. Comme en Allemagne, dans plusieurs lois et coutumes la fille mariée et dotée était censée avoir renoncé tacitement à toute succession de ses parents; la renonciation était alors coutumière. Quelques coutumes ⁽²⁾ distinguaient à ce sujet entre les filles nobles et roturières; pour les premières l'exclusion avait lieu de plein droit, tandis qu'il fallait une

⁽¹⁾ Coutumes d'Arles (1142), de Montpellier (1204), de Narbonne (1232), de Marseille (1255), etc. etc., v. VIOLLET, p. 826, n. 5.

⁽²⁾ Coutumes de Poitou, Anjou, Bordeaux, etc., v. LAFERRIÈRE, t. I, p. 158.

renonciation expresse et contractuelle pour les filles non nobles ⁽¹⁾.

Ces renonciations étaient établies dans l'intérêt seul des frères et de leur fortune territoriale; s'il n'y avait pas d'enfants mâles au décès des père et mère, les filles renonçantes prenaient part aux successions avec leurs sœurs, sans que ces dernières eussent le droit de leur opposer la renonciation antérieure. ⁽²⁾

31. Quoique le droit de conclure un pacte de renonciation ou une institution contractuelle n'ait jamais été contesté pour les classes inférieures, ces contrats étaient surtout en usage dans la noblesse, qui en abusa même souvent au détriment des filles et des cadets. Aussi la Révolution s'empressa de mettre un terme à ce qu'elle considérait comme un odieux privilège de l'ancien régime. La loi du 15 avril 1790 commence par supprimer les droits d'ainesse et les exclusions coutumières, ce qui abolissait déjà implicitement les renonciations aux successions futures. La Convention décide ensuite formellement : « que le mariage d'un des héritiers présomptifs, soit en ligne directe, soit en ligne collatérale, ni les dispositions faites en le mariant ne pourraient lui être opposées pour l'exclure. » Le décret du 7 Mars 1793 abolit donc toute institution contractuelle en ligne directe, et la loi du 17 nivôse, An II, annule même toute institution contractuelle dont l'auteur est encore vivant, ou n'est décédé que depuis le 14 juillet. Mais cet effet rétroactif fut supprimé le 9 fructidor, An III. ⁽³⁾

(1) DE LAURIÈRE, notes sur Loysel : Institution contractuelle, liv. II, §, 25.

(2) Cout. du Poitou, du Maine, de Bretagne, de Bourgogne, d'Auvergne, etc, etc. V. LAFERRIÈRE, p. 157.

(3) VIOLLET, p. 889.

Ainsi, sur le papier du moins, car ces dispositions ne furent jamais appliquées dans toute la France, la Révolution avait supprimé d'un trait de plume ce que Guy Coquille considérait comme la « coutume générale non écrite du Royaume. »

§ 2. PROHIBITION GÉNÉRALE DES PACTES SUCCESSORAUX
DANS LE CODE CIVIL.

SOMMAIRE : 32. Prohibition absolue des articles 791, 1130 et 1600. —
33. Exceptions des articles 1082 à 1090, 761 et 918.

32. La suppression des pactes successoraux par le droit intermédiaire fut maintenue presque en entier dans le système qu'adoptèrent sur ce point les rédacteurs du Code civil français. Ces pactes sont en effet prohibés par le Code dans les articles suivants :

Art. 791. *On ne peut, même par contrat de mariage, renoncer à la succession d'un homme vivant, ni aliéner les droits éventuels qu'on peut avoir à cette succession.*

Art. 1130, al. 2. *On ne peut cependant renoncer à une succession non ouverte, ni faire aucune stipulation sur une pareille succession, même avec le consentement de celui de la succession duquel il s'agit.*

Art 1600. *On ne peut vendre la succession d'une personne vivante, même de son consentement.* ⁽¹⁾

(1) V. dans le *Code Sarde* (1837), art. 1220 et 1607, et dans le *Code Italien*, art. 1118 et 1460, des dispositions semblables aux art. 1130 et 1600 du *Code Napoléon*. Le *Code Sarde* exceptait toutefois à l'art. 1187 les renonciations faites à l'entrée en religion.

D'après plusieurs arrêts rendus par la Cour de Cassation en application de ces articles, les pactes successoraux ne sont pas seulement annulables, ils sont inexistants comme contraires aux bonnes mœurs et à l'ordre public. « La stipulation sur une succession future est radicalement nulle, elle est réputée n'avoir pas été consentie et n'a pas d'existence légale. » ⁽¹⁾

33. La principale dérogation du Code à cette prohibition générale est celle contenue dans les articles 1082 à 1090 sous ce titre : « Des donations faites par contrat de mariage aux époux et aux enfants à naître du mariage. » Quoique le terme « Institution contractuelle » ne figure point dans tout le chapitre, il s'agit bien de cette institution, telle qu'elle était admise par les coutumes avant la Révolution.

En vertu de ces articles, toute personne, parente ou non des époux, peut disposer de tout ou partie de sa succession au profit des époux ou des enfants à naître. La donation doit être faite dans le contrat de mariage et ne peut avoir lieu autrement. Même faite seulement au profit des époux, la donation est présumée faite au profit des enfants en cas de survie du donateur, sauf s'il s'agit d'une donation entre époux. Mais, instituée en faveur du mariage, elle est caduque si le mariage ne s'ensuit pas, et si le donateur survit au donataire et à sa postérité.

La donation ainsi faite n'a pas besoin d'être acceptée ; elle est irrévocable, le donateur ne pouvant plus disposer à titre gratuit des objets compris dans la donation, si ce n'est pour sommes modiques, à titre de récompense ou autrement. Enfin, elle peut comprendre soit les biens

⁽¹⁾ Chamb. civile. Rejet 11 nov. 1845. Dalloz, 1846. I, 25.

présents ou les biens à venir, soit tous les deux, soit toute la succession, soit seulement quelques objets; le legs contractuel est donc également admis. Tout cela sauf réduction à la quotité disponible, en cas de lésion de la réserve.

Les articles 761 et 918 contiennent encore deux autres exceptions, peu importantes, à la prohibition des pactes successoraux.

D'après l'article 761, toute réclamation est interdite aux enfants naturels qui ont reçu du vivant de leur père ou de leur mère, la moitié de ce qui leur est attribué par le Code, avec déclaration expresse de la part des parents que leur intention est de réduire l'enfant naturel à la portion qu'ils lui ont assignée. Comme il y a donation, par conséquent contrat, ayant pour effet de réduire la part de l'enfant naturel, nous sommes bien en présence d'un pacte sur succession future, par lequel l'enfant renonce à recevoir davantage que ce qui lui est attribué dans le contrat.

L'article 918 dispose que la valeur en pleine propriété des biens aliénés soit à charge de rente viagère, soit à fonds perdu, ou avec réserve d'usufruit, à l'un des successibles en ligne directe, sera imputée sur la portion disponible et l'excédant, s'il y en a, sera rapporté à la masse. Cette imputation et ce rapport ne pourront être demandés par ceux des autres successibles en ligne directe qui auraient consenti à ces aliénations, ni dans aucun cas, par les successibles en ligne collatérale.

Il y a donc un moyen de soustraire à l'application de la règle posée par la première partie de cet article, les aliénations à fonds perdu ou avec réserve d'usufruit faites par une personne au profit d'un de ses successibles en

ligne directe : c'est de faire intervenir à l'aliénation ceux-là mêmes qui auraient lors du décès le droit d'en contester la sincérité, c'est-à-dire les autres successibles en ligne directe. Le consentement qu'ils y donneront emportera renonciation tacite de leur part, au droit de l'attaquer plus tard. C'est bien encore un cas de pacte successoral, peu fréquent sans doute dans la pratique.

CHAPITRE IV

Droit Suisse

§ 1. — HISTORIQUE

SOMMAIRE : 34. Développement des pactes successoraux dans les cantons de la Suisse allemande. — 35. Restriction au contrat de mariage dans les cantons romands.

34. Dans les cantons de la Suisse allemande le développement des pactes successoraux fut le même que dans les autres pays de droit germanique et nous pouvons nous en rapporter à ce que nous avons dit à ce sujet au chapitre II^{me}. Comme en Allemagne, les institutions d'héritier contractuelles sortirent peu à peu des anciennes *Vergabungen*, tandis que lors de l'établissement des fils ou du mariage des filles, on prit de plus en plus l'habitude de les faire renoncer à leur futur droit de succession. Ces premiers pactes de renonciation n'étaient sans doute que des engagements à refuser plus tard l'héritage en se contentant de la dot, de même que les donations à cause de mort fondaient un droit réel plutôt qu'un droit successoral en faveur du donataire. Mais comme le fait remarquer Huber (¹), si l'on ne considère que le but poursuivi par ces donations, depuis le commencement de leur apparition les *Vergabungen* et *Gemächde*, furent des pactes

(¹) *Schw. Pr. R.* IV, p. 662.

successoraux, et tout le développement primitif de la succession testamentaire dans le droit germanique forme une page de l'histoire de ces pactes.

Jusqu'au XIII^{me} siècle, on ne pouvait donc disposer de sa succession que par un acte entre vifs avec réserve de la jouissance viagère. Dans la règle ces *Gemächde* étaient irrévocables, mais le donataire pouvait y renoncer. C'est ainsi que dans un document de 1316 (Berne), il est question d'une donation à cause de mort, dans laquelle le donataire sur la prière de l'autre partie lui aurait rendu sa liberté de disposer. Peu à peu ces donations révocables se transforment en testaments. Mais d'un autre côté un grand nombre de ces actes restaient irrévocables tandis qu'il s'y ajoutait aussi cette idée que le donataire était l'héritier du donateur. Ces actes devinrent alors de réels contrats d'institution d'héritier à côté desquels les *Gemächde* se transforment en legs contractuels.

Huber constate ⁽¹⁾ que dès le commencement du XIII^{me} siècle on rencontre en Suisse des actes de disposition, dans lesquels les biens donnés ne sont livrés en aucune façon du vivant du donateur. Celui-ci en conserve la propriété et la jouissance jusqu'à sa mort, et n'est empêché de faire d'autres dispositions que par l'acte de donation conclu par lui entre vifs mais à cause de mort (*auf den Todesfall*). Le plus souvent d'ailleurs dans nos sources, les donataires sont intitulés héritiers. Huber en cite plusieurs cas ⁽²⁾, entre autres une donation entre vifs de biens meubles faite en 1329. Une autre plus curieuse encore est relatée par les Archives bernoises ; il

⁽¹⁾ *Schw. Pr. R.*, t. IV, p. 607.

⁽²⁾ *Schw. Pr. R.*, t. IV, p. 607, note 10.

s'agit d'une *Vergabung*, faite par des époux à un couvent, en 1342. La disposition est intitulée d'abord une donation irrévocable entre vifs « *Ze einer rechter, vollkomener und unwiderruftlicher gabe, dü beschehen ist under lebenden lüten* », tandis que les donataires sont désignés comme les héritiers des donateurs, puisqu'ils doivent « *nach unser beider tode daz vorgeant gut allez dirre gabe und erbschaft füllen han und erben und nemen und besitzen und niesen* ».

Les sources nous offrent ainsi de nombreux exemples de pactes semblables conclus dans divers cantons au XIV^e et XV^e siècles, entre autres celui passé à Glaris en 1428 par l'Amman Tschudi avec son beau-père et ses beaux-frères, lors de son mariage⁽¹⁾. La plupart des contrats de mariage, dit en outre Bluntschli⁽²⁾ à propos du droit Zurichois, étaient en même temps des arrangements relatifs à la succession des époux, sous forme de pactes confirmés devant le Conseil. Mais, outre les donations entre époux, on trouve aussi d'autres exemples de ces pactes successoraux. Ainsi, en 1420, une femme vend sa maison à un parent du côté maternel et se réserve le droit d'habitation pendant le reste de ses jours. Elle convient en même temps comme contre prestation de cet usage, que tous les biens mobiliers qu'elle laissera à son décès, appartiendront à l'acheteur. On pouvait de même de son vivant déjà, transmettre tous ses biens présents et à venir, à un autre qu'à ses héritiers naturels, contre l'assurance de l'entretien viager nécessaire. Kothing déclare également que ces pactes successoraux surtout dans la forme de rachats de droits éventuels

(¹) BLUMER, p. 530.

(²) BLUNTSCHLI: *Staats und Rechtsgeschichte der Stadt Zürich*, t. I, p. 474.

à une succession (*Erbauskäufe*) n'étaient pas inconnus à Schwytz.

Les renonciations des filles à leur mariage ou à leur entrée au couvent, de même que les *Abschichtungen* des fils, étaient également très fréquentes ⁽¹⁾, et l'on peut dire que dès le XVI^e siècle en Suisse les pactes successoraux deviennent une partie intégrante de presque tous les contrats de mariage, tandis qu'on les rencontre aussi souvent dans d'autres cas. Ce n'est guère toutefois qu'au XVIII^e siècle que les législations de Bâle et de Berne, bientôt suivies par celles de Zurich, Lucerne, Soleure, etc., reconnaissent expressément les pactes successoraux en les limitant quelquefois il est vrai, soit aux contrats de mariage, soit aux proches parents, père et mère, enfants, frères et sœurs.

Le *Stadrecht* de Lucerne défendait bien d'une façon générale et même sous peine d'amende la vente d'une succession future (art. 24), mais il autorisait les institutions d'héritier et les legs faits par contrat de mariage. De même dans le contrat de rente viagère ou *Pfrundvertrag*, pour lequel le consentement des héritiers était exigible, une personne pouvait donner à une autre toute sa fortune actuelle et future contre son entretien viager. Enfin, pour éviter le morcellement des propriétés immobilières, un père pouvait racheter les droits éventuels de l'un quelconque de ses enfants, contre une certaine somme (*Abfindungssumme*) par un contrat en vertu duquel l'enfant contractant était exclu de la succession de son père. ⁽²⁾

⁽¹⁾ HUBER, *Schw. Pr. R.*, t. IV pp. 565 et 566, note 19, p. 664, n. 4.

⁽²⁾ SEGESSER, t. IX, p. 135: « *Auskauf der Töchter, überhaupt einzelner Geschwister aus der väterlichen Erbschaft.* »

Ainsi l'on peut suivre dans les cantons de la Suisse allemande la trace des pactes successoraux depuis leur origine, les *Gemächde* ou les *Abschichtungen*, jusqu'à la rédaction du Code de Zurich, qui ne fit que consacrer une suite ininterrompue de coutumes. Et les nombreux exemples de pactes, cités par Bluntschli, Blumer, Huber et d'autres, d'après nos archives, prouvent bien que le développement de ces pactes n'est pas dû uniquement à l'influence de la doctrine comme le prétend Beseler. Car c'est bien dans les cantons de la Suisse primitive, où cette influence se fit le moins sentir et où le droit romain pénétra fort peu, qu'on retrouve le droit germanique le plus pur.

35. Dans les Coutumiers des pays romands, nous trouvons également comme en France le « pact de succéder fait en contract de mariaige. » Il résulte bien d'un passage du Commentaire coutumier de Quisard, que les institutions contractuelles sont limitées aux contrats de mariage et qu'elles sont alors envisagées comme une espèce de donation. ⁽¹⁾

Mais d'après Olivier (Coutumier Vaudois) il y avait trois manières de succéder, la succession naturelle, la testamentaire et la contractuelle « qui se fait par contrat de mariage, ou par donation entre vifs ou autres contrats et actes de société. » Le consentement du *de cujus* était dans tous les cas exigible : « Les contrats qui se font sur la succession future d'une personne vivante à son insu, sont mis au nombre de ceux qui sont contre les bonnes mœurs ». ⁽²⁾

⁽¹⁾ QUISARD, *Commentaire coutumier* ou soyt les franchises privilèges et libertez du Pays de Vaud. Voir HUBER, *Schw. Pr. R.* IV p. 664, notes 3 et 5.

⁽²⁾ OLIVIER, p. 106.

Les renonciations des filles et même des fils sont également très nombreuses ; la clause que nous avons vue sous le nom de « *bis auf den ledigen Anfall* », est mentionnée par les Coutumes de Grandson, Estavayer, Lausanne, Fribourg, et s'appelle : « Réserve de loyale eschute » ⁽¹⁾.

Ces coutumes furent abrogées lors de l'apparition du Code civil français, qui fut introduit ou imité dans presque tous les cantons romands. Seul le Code fribourgeois conserva sous le nom de « dotation d'ascendants » l'ancienne renonciation ou « *Abfindung* » du droit coutumier.

§ 2. — LES PACTES SUCCESSORAUX DANS LES LÉGISLATIONS CANTONALES ⁽²⁾

SOMMAIRE : 36-39. A. *Contrat d'institution d'héritier et legs contractuel* : 36. Cantons dont la législation ne mentionne pas ces contrats : *Schwytz* et *Obwald* ; 37. Prohibition absolue à *Glaris*, *Appenzell (Rh. Int. et Ext.)*, *Uri*, *Nidwald* ; 38. Prohibition générale sauf exceptions : *Genève*, *Vaud*, *Fribourg*, *Valais*, *Neuchâtel*, *Tessin*, *Berne*, *Lucerne*, *Soleure*, *Bâle* et *Argovie* ; 39. Admission sans réserve : *Zurich*, *Schaffhouse*, *Zoug*, *Thurgovie*, *Saint-Gall* et *Grisons*. — 40-43. B. *Pacte de renonciation* : 40. Cantons dont la législation ne mentionne pas ou interdit ce pacte : *Uri*, *Schwytz*, *Unterwald*, *Appenzell (Rh. Int. et Ext.)*, *Bâle (Ville et Camp.)* ; 41. Prohibition générale sauf rares exceptions : *Genève*, *Berne (Jura)*, *Vaud*, *Valais*, *Neuchâtel*, *Tessin*, *Glaris*, *Soleure* et *Fribourg* ; 42. Admission dans certains cas : *Berne*, *Lucerne* et *Argovie* ; 43. Admission sans réserve : *Zurich*, *Schaffhouse*, *Zoug*, *Thurgovie* et *Grisons*.

Pour donner plus de clarté à ce paragraphe, nous sommes obligé de séparer les pactes de renonciation des

⁽¹⁾ HUBER, *Schw. Pr. R.* t. IV, p. 564, n. 18, p. 565, n. 19.

⁽²⁾ V. HUBER, *Schw. Pr. R.*, II, p. 316 à 347.

autres pactes successoraux, leur situation n'étant pas toujours la même dans chaque groupe de cantons.

A. *Contrat d'institution d'héritier et legs contractuel.*

36. *1^{er} groupe.* — Là où le *de cujus* ne peut faire un testament sans le concours et le consentement de ses héritiers, la législation ignore tout naturellement les pactes successoraux. C'est le cas pour les lois successorales de *Schwytz* et *Obwald*. Mais à défaut d'une défense expresse de la loi à cet égard, rien n'empêche d'instituer un héritier par contrat comme par testament avec le consentement des héritiers. D'ailleurs il est à remarquer que dans ces cantons par suite de la présence nécessaire des héritiers à chaque disposition testamentaire, ce qui rend la révocation plus difficile, le testament lui-même prend plutôt le caractère d'un contrat.

37. *2^{me} groupe.* — L'institution contractuelle est absolument défendue dans les cantons suivants :

Glaris. Code civ. art. 301 ; *Ne sont pas valables en droit, les pactes successoraux en vertu desquels une personne est instituée héritière en dérogation à la succession légitime.*

Appenzell (Rh. Ext. et Rh. Int.), Uri, et Nidwald, Code civ. art. 248, al. 4, où sont défendues également les donations à cause de mort et celles entre époux.

38. *3^{me} groupe.* — Ce groupe est composé des législations qui interdisent en général les pactes successoraux, mais permettent un plus ou moins grand nombre d'exceptions. C'est d'abord le *Jura Bernois* et *Genève* qui ont purement et simplement adopté les art. 791, 1130, 1600

et 1082 à 1090 du Code civil français. Puis les Codes civils des cantons de *Vaud*, art. 698 à 705, *Fribourg*, art. 1389, 1390 et 1395, *Valais*, art 969 à 979, *Neuchâtel*, art. 695 à 702, et *Tessin*, art 622 à 629, qui contiennent des dispositions identiques ou semblables au Code civil français. Le Code civil du canton de *Berne* renferme aux art. 895 à 909 un chapitre spécial sur les pactes successoraux :

Art. 895. *Des époux ou des fiancés peuvent par la conclusion d'un pacte successoral, renoncer au droit réservataire réciproque des époux et fonder une succession contractuelle réciproque, ou bien se faire des donations à cause de mort, ou encore se réserver la jouissance de certains biens.*

En outre, d'après ce code, le pacte successoral entre fiancés soit *Ehetag*, peut être, après le mariage, modifié et transformé en pacte successoral entre époux, soit *Eheverkommiss*. Le Code civil bernois défend donc implicitement les autres pactes successoraux.

Les Codes de *Lucerne*, art. 467 à 477, et de *Soleure*, art. 1324 à 1336, contiennent à peu près les mêmes dispositions que le Code bernois.

Le Code civil d'*Argovie*, art. 957 à 962, n'admet également les institutions contractuelles qu'entre époux, sans parler des donations que peuvent leur faire des tiers. Dans le silence de la loi on en a conclu que ces donations n'étaient pas permises.

Enfin, *Bâle-Ville* et *Bâle-Campagne*, n'autorisent également les pactes successoraux qu'en cas de mariage ⁽¹⁾.

(1) V. HUBER, *Schw. Pr. R.*, t. I, p. 391 et suiv. — *Schwytz* et *Obwald* connaissent aussi en partie l'institution contractuelle entre fiancés et époux, voir également HUBER, t. I, page 371.

39. 4^{me} Groupe. — Les cantons de ce dernier groupe admettent pour la plupart les pactes successoraux sans restriction ; ce sont :

Zurich, Code civ. art. 1052 à 1076. Le Code zurichois organise les pactes successoraux sans les restreindre à aucune catégorie d'actes ou de personnes.

Le pacte successoral a une influence sur la dévolution des successions en ce sens que l'une des parties, celle qui dispose de son hérité, assure à l'autre, en une forme obligatoire, soit un droit à sa succession, soit un legs, ou que cette autre partie renonce au regard de la première à tout droit sur sa succession éventuelle (art. 1059).

L'héritier contractuel est donc investi après le décès du disposant d'un droit héréditaire analogue à celui de l'héritier testamentaire (art. 1062), mais s'il meurt avant le disposant, le pacte successoral reste sans effet, sauf stipulation contraire (art. 1063). Enfin le pacte successoral peut avoir pour objet un simple legs particulier, mais il faut que le légataire intervienne à l'acte (art. 1065).

Schaffhouse. Le code de ce canton suit aux art. 1979 à 1996 à peu près les mêmes règles que le Code Zurichois. Il restreint cependant l'emploi des pactes successoraux par cette disposition : « N'ont d'effets juridiques que les pactes successoraux qui sont conclus entre le *de cujus* et ses héritiers légitimes, ou entre époux sans enfants, qu'il y ait institution contractuelle ou pacte de renonciation. »

Zoug. C. civ. art. 325 à 332, mêmes dispositions qu'à Zurich.

Thurgovie. Aux art. 101 et suivants la loi successorale de ce canton ne restreint les pactes successoraux qu'en ce qui concerne les biens à venir de l'instituante. D'après l'art.

108, les pactes successoraux ayant pour objet des biens successoraux non encore échus au disposant lors de la conclusion du contrat, ne sont pas valables, sauf s'il s'agit de pactes entre fiancés (*Heirathsverkommnisse*) ou entre époux (*Eheverk*).

Saint-Gall. Loi successorale, art. 113 et suiv., à peu près les mêmes dispositions qu'à Zurich. L'art 123 stipule expressément que l'héritier contractuel a les mêmes droits et obligations que l'héritier testamentaire.

Enfin le Code des *Grisons* aux art. 516 et 517 permet également à toute personne capable, de disposer par contrat de tout ce dont elle peut disposer par testament. L'auteur du Code remarque que le terme de pacte successoral est pris par la loi dans un sens général et signifie toute promesse contractuelle, faite par le *de cujus* à un autre qui l'accepte, de lui laisser après sa mort, soit comme héritage, soit comme legs, tout ou partie de sa succession.

B. Pacte de Renonciation.

40. 1^{er} groupe. — Comme l'institution contractuelle ce pacte est inconnu à *Uri*, *Schwytz*, *Unterwald*, *Appenzell (Rh.-Int. et Rh.-Ext.)*, et en outre, à *Bâle (Ville et Campagne)*. L'art. 3 de la loi successorale d'*Appenzel Rh.-Ext.* dispose même expressément que personne ne peut racheter les droits successoraux éventuels de ses héritiers présomptifs. Cependant, d'après Kothing le rachat des droits héréditaires éventuels serait en usage dans plusieurs districts de *Schwytz*; en outre il ne faut pas oublier que dans ces cantons les ascendants peuvent donner un consentement contractuel au testament d'un descendant;

il s'ensuivrait donc, si ce n'est un pacte de renonciation, du moins une renonciation contractuelle à attaquer une disposition testamentaire pour atteinte à la réserve.

41. 2^e groupe. — Nous retrouvons dans ce groupe la défense absolue des art. 761, 1130 et 1600 du Code civil français avec les exceptions des articles 761 et 918, ainsi que quelques modifications. Seul le *Jura Bernois* a adopté le Code civil français sans lui faire subir aucun changement.

A *Genève*, les articles du Code français ont été conservés sauf l'article 761, relatif aux enfants naturels, abrogé par la loi du 5 septembre 1874.

Dans les cantons de *Vaud* (art. 741, 575), *Valais* (art. 832, 604 et 605) et *Neuchâtel* (art. 783, 652), l'article 761 du Code français n'a pas été reproduit, mais les codes de ces cantons contiennent une disposition semblable à celle de l'article 918.

Les Codes civils du *Tessin*, art. 597 et de *Glaris*, art. 301, prohibent aussi expressément les pactes de renonciation.

Le Code de *Soleure* ne les exclut pas expressément, mais il prescrit à l'article 1241 à propos des contrats sur la succession d'un tiers : « *Il ne pourra être conclu aucun contrat sur une succession non ouverte dans lequel l'héritier présomptif renoncerait à cette succession ou en disposerait en faveur d'un tiers, cela même avec le consentement du de cujus.* »

Enfin le Code civil de *Fribourg* défend d'une façon générale à l'article 926 les pactes de renonciation, mais il admet certaines exceptions contenues aux articles 987 à 996, sous le titre de « *Dotation d'ascendants* », où nous

retrouvons l'ancienne *Abschichtung aus der Were*, du droit germanique.

Cette dotation est le contrat que fait un père, une mère, ou un autre ascendant avec un fils, une fille ou un autre descendant relativement à la part présumée de ce descendant, dans la future succession de l'ascendant et par lequel ce descendant accepte pour cette part une certaine somme d'argent, une créance ou d'autres biens, meubles ou immeubles. Cette dotation ne peut être faite que par des ascendants qui ont la libre disposition de leurs biens entre vifs ou qui y sont dûment représentés ou autorisés ; elle ne peut être acceptée que par des descendants majeurs ou émancipés et ayant les autres qualités requises pour contracter ou y étant dûment représentés ou autorisés. La femme mariée a besoin du consentement de son mari pour convenir d'une dotation avec ses ascendants, aussi bien que pour la faire à son enfant ou descendant.

La dotation faite par un ascendant peut être annulée dans les mêmes cas que peut avoir lieu l'exhérédation d'un descendant ou si elle a été faite en fraude du droit des créanciers. Le dotataire est tenu envers les créanciers des dettes de la succession, dont il a reçu sa part présumée, comme les autres héritiers sauf son recours contre ceux-ci pour tout ce qu'il a été obligé de payer pour la succession. L'enfant ou descendant dotataire, qui estime avoir été lésé dans sa légitime, peut en demander le complément après le décès de l'ascendant dotateur, en rapportant à la masse de la succession les biens reçus ou la valeur qu'ils avaient à l'époque de la dotation. De même les autres enfants ou descendants, qui estiment avoir été lésés dans leur légitime, parce que la dotation aurait été trop favorable au dotataire, peuvent en demander la réduction. Le descendant dota-

taire peut en outre demander le bénéfice d'inventaire et renoncer s'il le veut, à la succession en restituant à la masse tous les biens qu'il a reçus en vertu de la dotation ou leur valeur, s'il ne les possède plus en nature sous réserve de toutes les déductions légitimes. Enfin l'enfant ou le descendant dotataire, s'il reste le seul descendant légitime du dotateur, et si celui-ci n'a pas d'ailleurs disposé de ses biens, en hérite à l'exclusion de tous autres.

La dotation entre frères et sœurs, prévue aux articles 997 à 1002 du même Code n'est pas un pacte successoral, mais un simple rachat de droits successifs échus, puisqu'elle ne peut avoir pour objet « la succession non encore ouverte d'une personne vivante. »

42. 3^{me} groupe. — Les législations de ce groupe admettent le pacte de renonciation, mais seulement entre certaines personnes, notamment entre époux ou entre père et mère et leurs enfants.

Berne. Le Code dispose d'abord aux articles 516 et 895, que les pactes successoraux entre époux peuvent comprendre une renonciation au droit des époux à la réserve, renonciation qui tombe si lors du décès du *de cuius*, il y a des enfants nés du mariage.

En outre, d'après les articles 907 et suivants, il est permis aux parents de conclure un pacte de rachat de droits successifs avec les enfants ou petits enfants qui ne sont plus sous leur puissance, pacte en vertu duquel les parents rachètent à un de leurs enfants ou petits enfants, le droit à la réserve que celui-ci possède sur leur succession. Les contrats de rachat sont régis par les règles générales des contrats. Ils peuvent être attaqués par les héritiers réservataires de l'une ou l'autre des parties con-

tractantes pour lésion de la réserve. L'enfant racheté est cependant tenu après la mort du *de cujus* des mêmes obligations vis-à-vis des tiers que les autres héritiers, sauf recours contre ceux-ci.

Ces dispositions sont reproduites presque textuellement par les articles 478 et 479 du Code de *Lucerne*.

Argovie. Le Code civil argovien aux articles 957 et 963 à 967, donne encore une plus grande extension à l'emploi des pactes de renonciation. D'après ces articles tout *de cujus* peut conclure avec ses héritiers réservataires majeurs ou mariés, un contrat par lequel il rachète à ceux-ci les droits héréditaires qu'ils ont sur sa succession. Mais par de tels contrats il ne peut être valablement attribué à un héritier rachetable, plus qu'il n'aurait pu lui être attribué par une disposition testamentaire faite à l'époque du rachat. Le racheté est tenu en outre, après la mort du *de cujus*, des dettes de la succession, jusqu'à concurrence du prix de rachat, mais il ne peut être poursuivi qu'autant que les créanciers ne peuvent être satisfaits par les héritiers non rachetés.

43. 4^{me} groupe. — Dans ce dernier groupe restent les cantons qui admettent d'une manière générale et presque sans aucune restriction les pactes de renonciation. Ce sont à peu près les mêmes que nous avons déjà vus admettre sans limite l'institution contractuelle.

Zurich. C. civ. articles 1070 à 1072 :

Lorsqu'une personne renonce par un contrat avec une autre personne au droit éventuel qu'elle avait sur la succession de cette dernière, la renonciation brise jusqu'à due concurrence, les liens héréditaires qui les unissaient, de telle sorte que ni elle, ni si elle survit à celui

de la succession duquel il s'agit, ses descendants ne peuvent prétendre aucun droit à cette succession (art. 1070).

En général nul ne peut renoncer qu'à ses propres droits héréditaires. La renonciation faite par un héritier pour le compte de ses enfants ou successeurs n'est pas opposable à ces derniers s'ils se présentent à la succession en leur nom personnel. Mais si, ayant accepté la succession de leur auteur, ils prétendent sans tenir compte de sa renonciation, faire valoir leurs droits à la succession à laquelle il avait renoncé, ils sont tenus vis-à-vis des autres héritiers au rapport de la somme touchée par leur auteur pour prix de sa renonciation (*Ausrichtungssumme*) (art. 1071). Par exception à cette règle les contrats de renonciation à la succession éventuelle d'une personne faits avec ou sans compensation pécuniaire par des descendants légitimes au profit d'autres de ces descendants légitimes (*Ausrichtungsverträge*) sont réputés dans le doute obligatoires pour les enfants ou héritiers du renonçant (art. 1072).

Enfin la femme mariée peut avec la seule autorisation de son mari et sans intervention d'un tuteur extraordinaire, renoncer par contrat, au profit de ses frères et sœurs, à la succession future de ses parents, moyennant un avantage immédiat (art. 1054 *in fine*). Disposition reproduite par le Code de Zoug mais pas par celui de Schaffhouse.

Schaffhouse. Les articles 1991 à 1993 du Code de ce canton, répètent à peu près les mêmes dispositions que les articles 1070 à 1072 du Code zurichois. Nous avons vu cependant que l'article 1986 du Code de Schaffhouse restreint l'emploi de tous les pactes successoraux entre le *de cujus* et ses héritiers légitimes ou entre époux sans enfants.

Zoug, Code civ. art. 329 et *Thurgovie*, loi succ. art. 101, admettent comme à Zurich, les pactes de renonciation sans restriction.

Enfin, d'après l'article 517, alinéas 2 et 3 du Code civil des *Grisons*, tout héritier présomptif peut de même renoncer à la succession de celui dont il doit hériter, par un pacte successoral à titre gratuit ou onéreux. Cette renonciation ne sera cependant obligatoire pour les descendants du renonçant, qu'autant que celui-ci survivra au *de cujus* ; sinon, en cas de prédécès, les descendants peuvent, moyennant le rapport de la somme reçue par le renonçant, faire valoir leur propre droit de succession.

§ 3. SYSTÈME DE L'AVANT-PROJET DE CODE CIVIL.

44. Malgré la défense absolue des pactes successoraux dans les Codes de plusieurs cantons, l'Avant-projet de Code civil Suisse admet tous les pactes successoraux sans restriction de personnes ni d'objet.

L'article 484 de cet avant-projet dispose en effet que les pactes sur une succession future, contrats d'institution d'héritiers, legs contractuels, contrats de renonciation, ne peuvent être conclus valablement que par le disposant lui-même, soit avec l'un de ses héritiers, soit avec un tiers.

L'article 485 ajoute que la faculté et le mode de disposer sont les mêmes dans les pactes successoraux que dans les testaments. Quant à l'effet de ces pactes le contrat d'institution d'héritier oblige le disposant à laisser sa succession à l'autre partie ou à un tiers, en qualité d'héritier institué (art. 491, al. 1). L'héritier contractuel qui a survécu acquiert la succession de la même manière que l'hé-

ritier institué par testament (art. 493, al. 1). Le legs contractuel confère au légataire un droit personnel à l'exécution du legs ; ce droit sera exercé comme si le legs était fait par testament, (art. 495, al. 1). Enfin, celui qui a renoncé par contrat à ses droits successifs est censé n'avoir jamais été héritier (art. 496, al. 1).

Quant aux motifs de cette admission générale des pactes successoraux dans notre futur Code civil, nous les examinerons plus loin, après avoir étudié la question si controversée de l'admissibilité du pacte successoral dans les législations modernes.

Deuxième Partie

PROHIBITION ET ADMISSIBILITÉ DU PACTE SUCCESSORAL

CHAPITRE PREMIER

De lege lata.

§ 1. MOTIFS DE LA PROHIBITION DU PACTE SUCCESSORAL DANS LE DROIT ROMAIN.

SOMMAIRE : 45. Motif de l'immoralité du pacte successoral, dans la doctrine française. — 46. Erreur de cette théorie. — 47-49. Distinction du pacte successoral et du contrat sur la succession d'un tiers vivant quant aux motifs de leur prohibition. — 50. Motifs de la nullité du pacte de renonciation. — 51. Signification exacte de l'expression *contra bonos mores*. — 52. Caractère spécial du droit des successions à Rome, et conclusion.

45. Comme les juristes français et surtout les rédacteurs du Code Napoléon, ont tous fait grand état de la prohibition du droit romain pour justifier celle de leurs lois, il nous faut examiner d'abord si les motifs qui poussèrent les Romains à proscrire les pactes successoraux sont bien ceux articulés par ces auteurs.

Les rapporteurs du projet de Code civil français, imitant en cela de Laurière, Merlin, Pothier, etc, se bornent d'ailleurs à constater que les lois romaines prohibaient les pactes successoraux comme contraires à la morale et ajoutent qu'il importe « de conserver cette maxime essentielle aux bonnes mœurs et dictée par l'humanité même. » ⁽¹⁾

Les auteurs postérieurs renchérissent encore sur l'horreur et la crainte qu'inspiraient ces pactes au peuple romain. « Les Romains, dit Bonnet, furent affectés de la crainte que celui à qui on aurait irrévocablement assuré le droit de succéder n'attendât par cupidité aux jours de son bienfaiteur. » L'auteur cite à l'appui de son affirmation des passages d'Horace, de Juvénal, de Martial, ainsi que les termes mêmes de la défense contenue dans la Constitution 30, *Cod. de pactis*, puis il ajoute : « La réprobation en fut portée si loin, que ces sortes de stipulations finirent par être regardées comme chose presque infâme. Les expressions les plus dures leur furent prodiguées. On y voyait une spéculation contre la vie, *votum alicujus mortis*. A Rome, en effet, trop souvent, un pareil souhait eût été pour le donateur un arrêt de mort. Caligula n'envoya-t-il pas des mets empoisonnés à des testateurs qui l'avaient institué et dont il trouvait la mort trop lente? » ⁽²⁾

Enfin Larombière ⁽³⁾ cite également l'immoralité des pactes successoraux comme le seul motif de leur nullité à Rome : « Ainsi le droit romain, dit-il, plus logique... fondait expressément sur la décence et l'honnêteté publi-

⁽¹⁾ PORTALIS, v. Locré, t. XIV, p. 151.

⁽²⁾ Voir aussi LABOULAYE, *Recherches sur la Condition des femmes*, p. 390.

⁽³⁾ T. I, p. 229 et suiv.

ques, les prohibitions dont il frappait les pactes sur successions futures ! »

46. Il appartient aux juristes allemands et surtout à Hasse ⁽¹⁾ et à Beseler ⁽²⁾ d'avoir mis fin à cette exagération en trouvant les véritables motifs de la prohibition des pactes successoraux chez les Romains.

Sur quoi repose en effet, cette idée que les Romains prohibèrent de tout temps le pacte successoral à cause de son immoralité ? Sur quelques passages du droit de Justinien et sur les témoignages de poètes satiriques ou d'historiens qui, dans leurs écrits, ont raconté en les exagérant certains cas d'empoisonnements et de captations d'héritages particulièrement ignobles. En admettant que ces auteurs voulurent bien dépeindre une corruption générale et réellement contagieuse des Romains de leur temps, ceci se rapporte à la période de la décadence des mœurs à Rome. Il s'ensuivrait donc, qu'à cette époque, les empoisonneurs et les assassins étaient si nombreux que l'on finit par déclarer immoral tout pacte sur une succession future, en presumant justement et dans tous les cas, l'intention de tuer, le *votum mortis*. Mais cette déduction laisserait supposer pour la période précédente, l'époque classique du droit romain où l'assassinat n'était pas encore à l'ordre du jour, le dilemme suivant :

Ou bien, à ce moment, le pacte successoral était admis, ce qui n'était évidemment pas le cas, ou bien alors il était prohibé, mais pour d'autres raisons, que nous allons rechercher.

47. Remarquons d'abord, avec Hasse, que les consti-

⁽¹⁾ *Rh. Mus.* t. II. Chap. I.

⁽²⁾ *Die Lehre v. d. Erb.*, t. II, § 4.

tutions du Code de Justinien ne parlent pas d'ailleurs d'un pacte successoral dans le vrai sens du mot, mais bien des contrats sur la succession d'un tiers, faits de son vivant et sans son concours. Il s'agit alors d'un pacte sur les biens de la succession et non sur un droit héréditaire ou sur la qualité d'héritier, convention qui a une tout autre nature et de tout autres règles que le pacte successoral. Or, c'est à ces contrats presque toujours conclus à l'insu du *de cuius*, que se rapportent ces mots : « *pactiones odiosæ et plenæ tristissimi...* » Ceci résulte, en effet, du texte même de cette constitution, soit du passage suivant : « *Quare enim, quodam vivente et ignorante, de rebus ejus quidam paciscentes conveniunt?* » Les Romains, ne pouvaient pas concevoir un pacte conclu à l'insu de celui-là seul qui avait le droit de disposer de ses biens pour le temps où il ne serait plus. C'est pourquoi, non seulement ces contrats étaient déclarés nuls, mais les contractants eux-mêmes étaient frappés d'une certaine peine. Par contre le fait de se laisser attribuer par contrat la succession d'une personne, n'était absolument pas considéré par eux, comme immoral, ou même comme inconvenant et offensant. Et l'exception même que pose Justinien immédiatement après, témoigne en faveur de la thèse que nous soutenons. Car, du contrat conclu sur la succession d'un tiers vivant avec le consentement de celui-ci, au pacte successoral, il n'y a qu'un pas. Or, si les jurisconsultes de Rome ne l'ont pas franchi, c'est que, prononcer l'irrévocabilité du consentement donné par le *de cuius*, aurait eu pour effet à leurs yeux, de rendre irrévocable une disposition de dernière volonté ; conséquence inadmissible et contraire à tous les principes du droit romain :*ambulatoria enim, est voluntas defuncti usque ad vitæ suprium exitum* (L. 4, Dig. 34, 4).

48. Ainsi pour l'institution contractuelle, l'idée originale doit être qu'il n'était pas digne de la qualité de citoyen romain d'aliéner par un contrat, en vertu d'un *juris vinculum*, la liberté de tester, cette liberté que lui avaient solennellement accordée les XII Tables, après mainte lutte contre les droits absolus des agnats ou des gentils. L'attribution même d'un droit héréditaire par contrat, n'avait donc pour les Romains, rien d'immoral en elle-même ; ce qui est regardé par eux comme indigne, c'est le lien de droit qui aurait lié l'instituant au cas où la loi aurait reconnu l'institution contractuelle. C'est pourquoi le droit romain n'admet pas que ce lien puisse être organisé officiellement par la loi, ni qu'il puisse être soutenu indirectement grâce à l'adjonction d'une stipulation pénale. Si ce fut réellement l'intention de l'instituant contractuel de laisser sa fortune à l'institué, il tiendra sa parole, pour autant que la loi le lui permet. Mais ce que les Romains ne pouvaient admettre, c'est que cette promesse acceptée par l'institué fût pourvue d'une sanction juridique.

49. Nous verrons enfin plus loin ce qu'il faut penser de l'immoralité des pactes successoraux. En y réfléchissant, on ne voit pas trop quel danger particulier la validité du pacte successoral aurait pu apporter à la vie du *de cuius*. On a fait déjà bien souvent la remarque que la succession légale comportait les mêmes inconvénients. Et comme à Rome, la légitime était indépendante du testament, si l'on est persuadé que les Romains étaient corrompus, ainsi que veulent bien le prétendre certains poètes, au point de présumer dans chaque institué contractuel un futur assassin, on est bien obligé d'admettre que le même danger et la même crainte pouvaient provenir des proches parents

qui avaient un droit inaliénable à une réserve. Les Romains avaient trop de bon sens pour ne pas s'apercevoir de cette contradiction et le sentiment du droit était trop développé chez eux pour que l'on puisse supposer de la part de leurs jurisconsultes une pareille faiblesse de jugement.

D'ailleurs, il n'est dit nulle part que l'immoralité des pactes successoraux ait été le motif unique de leur prohibition dans le droit romain. Et les termes mêmes des Constitutions de Valérien et de Justinien ne prouvent rien : d'abord parce qu'elles n'expriment que les idées de leur époque, ensuite parce que si un passage classique ⁽¹⁾ ainsi qu'une Constitution de Constantin ⁽²⁾ déclarent *contra bonos mores* les pactes sur la succession d'un tiers vivant, dans les mêmes termes qu'ailleurs ⁽³⁾ on prohibe tous les pactes successoraux sans distinction, il n'en est pas moins vrai que deux actes peuvent être déclarés nuls et contraires aux bonnes mœurs pour des raisons bien différentes, et à de tout autres points de vue : ainsi, le pacte sur la succession d'un tiers vivant, en vertu de son immoralité même, et le pacte successoral, seulement à cause de la sanction juridique dont il aurait dû être pourvu et parce qu'il entraînait une restriction de la liberté de tester, contrairement aux usages et principes romains.

50. Quant au pacte de renonciation, il était également défendu, et pourtant le motif n'a rien cette fois à démêler avec les histoires d'empoisonneurs. Cette défense ne s'explique alors que par la séparation précise et absolue du droit successoral testamentaire et du droit successoral

⁽¹⁾ L. 29, § 2. *Dig. de donat.*, 39, 5. (V. page 11).

⁽²⁾ L. 2. C. THÉOD, *famil. hercisc.* Ce passage n'a pas été maintenu dans la compilation de Justinien.

⁽³⁾ Const. 4, *Cod. de inut. stip.* (V. page 11).

légal chez les Romains. Pourquoi, par exemple, une fille en recevant sa dot, aurait-elle renoncé à la succession future de son père puisque selon un usage constant à Rome, celui-ci avait le droit de l'exhérer soit expressément, soit tacitement en lui léguant sa dot? Le testament exhérait, en effet, tacitement ou expressément par une disposition unilatérale, là où cela était nécessaire et il se pouvait qu'il n'y eût jamais d'héritier légitime qu'en cas de révocation du testament, mais il était impossible de toucher à la succession légitime par une autre disposition privée, pas même par un contrat : l'héritier légitime en renonçant par contrat se serait substitué à la loi. Peut-être était-il aussi regardé comme peu digne d'un Romain ou d'une Romaine de se désaisir ainsi d'avance par un lien obligatoire, d'un droit successoral que la loi leur avait réservé. Cependant on ne peut dire avec sûreté si le pacte de renonciation est compris dans la Constitution 4 C. de inut. stip. de Dioclétien, qui n'admet pas la validité des pactes successoraux comme contraires aux bonnes mœurs ⁽¹⁾.

51. Enfin il ne faut pas non plus prendre l'expression « *contra bonos mores* » trop à la lettre et la considérer uniquement comme l'équivalent de ce qui est absolument mauvais et contraire à la morale. Car les Romains avaient pour habitude de désigner ainsi non seulement ce qui était contre le sentiment de l'honneur et des convenances, mais aussi tout ce qui était pour eux en opposition avec les droits et les devoirs d'un homme libre. C'est pourquoi agissait *contra bonos mores* celui qui concluait un contrat sur la succession d'un tiers vivant dont il était héri-

(1) HASSE, *loc. cit.*

tier présomptif, parce que ce fait révèle sa cupidité et sa rapacité. Agissait également *contra bonos mores* le *procurator* qui achetait les procès pour son compte, ou celui qui voulait assurer par une stipulation pénale la conclusion promise d'un mariage. Et de même que le mariage devait être une convention libre dont la dignité même aurait été menacée par une contrainte indirecte en vue de sa conclusion, de même l'étranger à la famille, celui qui n'était pas héritier légitime, ne devait le devenir que par la volonté libre et variable du testateur, volonté que le contrat aurait dominée en excluant ce que les Romains appelaient *voluntas ambulatoria*. Enfin, d'un autre côté, il était inadmissible et *contra bonos mores* que le Romain pût se défaire irrévocablement d'un droit successoral, quand la loi qui le lui attribuait, ne plaçait au-dessus d'elle-même que la dernière volonté du testateur, pourvu qu'elle fût exprimée dans la forme voulue.

52. En effet, sans prononcer nulle part expressément que le droit successoral soit de droit public et sans interdire formellement aux particuliers d'y déroger dans leurs pactes, les Romains comprenaient en quelque sorte le droit de succession dans ces parties du Droit qui ont jusqu'à un certain point un caractère public, et qui ne peuvent jamais en tous cas être laissées complètement à l'arbitraire des particuliers. ⁽¹⁾ C'est ainsi qu'ils ne laissèrent pas influencer le contrat sur la délation des successions, ne voulant pas que l'héritier présomptif se mit sur un pied d'égalité avec la loi en changeant de son propre gré le *jus successionis* par une renonciation anticipée, ou que le *de cujus* pût

(1) BESELER, *Loc. cit.*

restreindre une liberté que la loi lui garantissait. ⁽¹⁾ Le testament restait par contre le seul moyen légal de changer la succession légitime, et le motif n'en est pas plus facile à trouver que de savoir par exemple, pourquoi les Germains n'avaient pas de testament. Ce n'était apparemment pas conforme à leurs mœurs, à leurs usages de laisser le contrat dominer le droit successoral. Et cela résultait sans aucun doute d'une manière de voir particulière au peuple romain, qui ne voulait pas souffrir la contrainte en cas de pacte successoral, sans pour cela exclure la possibilité de tenir sa parole et sans défendre ou permettre la convention.

Ainsi l'on peut dire que la liberté de tester des Romains fut la cause principale de leur façon de regarder les pactes successoraux comme des actes *contra bonos mores*, et l'on trouve cette affirmation toute naturelle si l'on considère bien la manière dont les Romains concevaient le droit et surtout le droit successoral. En général, ils tenaient rigoureusement à la *libertas de supremis judiciis*, ainsi qu'à la *voluntas ambulatoria* du testateur, ou en l'absence d'une expression de cette volonté, à l'ordre établi par la loi. La reconnaissance légale de l'institution contractuelle aurait eu pour résultat de limiter indirectement cette liberté; aussi est-il dit expressément que ce pacte ne peut ni fon-

(1) C'est ce qui résulte en tous cas de divers passages des Pandectes. Ainsi, L. 16, *Dig. de suis et legit. hered.* 38, 16: « *Pater instrumento dotali comprehendit filiam ita dotem accepisse, ne quid aliud ex hereditate patris speraret. Eam scripturam jussu successio- nis non mutasse constitit. Privatorum enim cautionem legum auctoritate non censerit.* » De même l. 52, § 9 *Dig. pro socio* 17, 2. *Idem respondit societatem non posse ultra mortem porrigi: et ideo nec libertatem de supremis judiciis constringere quis poterit vel cognatum ulteriorem proximioribus præferre.* — Voir également Const. 3, *Cod. de collat.* 6, 20 (v. page 10) « *juris auctoritate improbat* ».

der une obligation, ni limiter la liberté de tester. Il est vrai que ceci est indiqué comme la conséquence de la nullité absolue des pactes successoraux, alors que c'en est plutôt le motif.

§ 2. — MOTIFS DE LA PROHIBITION DU PACTE SUCCESSORAL
DANS LE CODE CIVIL FRANÇAIS

SOMMAIRE : 53. Motifs de cette prohibition dans les anciens auteurs et dans le droit intermédiaire. — 54. Exposé des motifs du Code civil. — 55-57. Arguments et controverse des commentateurs du Code. Lésion ou immoralité ? — 58. Conclusion.

53. Les premiers juristes français, admirateurs du droit romain se montrèrent tout naturellement très peu favorables aux pactes successoraux. Suivant en cela l'exemple des jurisconsultes romains, Cujas appelle le pacte successoral une *Conventio corvina*. Plus tard, Merlin, de Laurière et d'autres, recherchant l'origine de ces pactes, se bornent à citer le droit romain pour déclarer qu'ils sont immoraux et que ce n'est que grâce à la féodalité et à la faveur dont le contrat de mariage est entouré en France, que les pactes successoraux n'y furent pas complètement prohibés. « Les lois romaines, dit Pothier, proscrivaient comme indécentes et contraires à l'honnêteté publique toutes les conventions par rapport aux successions futures..... » « Cette règle, dit-il encore, que les choses futures peuvent être l'objet d'une obligation, souffre exception à l'égard des choses qu'il est contre la décence et les bonnes mœurs d'espérer, telle qu'est une succession future, qu'on ne pourrait espérer qu'en espérant la mort de la personne qui doit y donner ouverture, ce que les bonnes mœurs ne permettent pas. »

Le droit intermédiaire fut surtout guidé par une autre considération, celle que les pactes successoraux avaient été principalement employés par la noblesse, si bien qu'on les considérait même comme un produit de la féodalité. Aussi les législateurs de la Révolution s'empresèrent-ils d'abolir ce qu'ils regardaient à tort ou à raison comme un apanage de l'ancien régime.

54. Les rédacteurs du Code Napoléon ne pouvaient faire autrement que de suivre la voie ouverte par leurs devanciers ; ils s'en tinrent donc au système du droit intermédiaire, tout en rétablissant l'institution contractuelle dans le contrat de mariage telle qu'elle existait dans le droit coutumier. Quant aux autres pactes successoraux, le Code les prohibe à plusieurs reprises dans les articles 791, 1130 et 1600, afin qu'il n'y ait plus de doute sur la nullité absolue, l'inexistence même en droit de ces contrats. En même temps que les pactes successoraux, sont prohibés également, sans distinction d'ailleurs, les pactes sur la succession d'un tiers non contractant, et comme certaines coutumes, imitant le droit romain, avaient admis ces pactes à condition que le tiers intervint et donnât son consentement à la convention, les articles 1130 et 1600 prononcent expressément que ces contrats sont illicites, même avec le consentement de celui de la succession duquel il s'agit. « Cette addition, lit-on dans les observations du *Tribunat* à propos de l'article 1130 alinéa 2, fera cesser la diversité de jurisprudence, existant entre les tribunaux, dont quelques-uns admettent conformément à la loi romaine, les renonciations et stipulations relatives aux successions non ouvertes pourvu que ceux de la succession desquels il s'agit y aient consenti. »

Tous les rapports et exposés de motifs présentés au

Conseil d'État ou au Tribunal à l'appui du projet de Code, sont unanimes à constater que le droit romain proscrivait les pactes successoraux uniquement parce qu'ils sont contraires à la morale publique.

« En établissant, dit un rapporteur, que tout ce que l'on peut avoir, posséder ou recouvrer est susceptible de vente, le peuple sage, le conquérant et le législateur du monde excepta les ventes qui seraient contraires à la nature, au droit des gens et aux bonnes mœurs, comme celles de la succession d'une personne vivante ». La jurisprudence française n'a fait en cela que se conformer à la disposition des lois romaines et « nous avons cru, ajoute Portalis, qu'il importait de conserver une maxime essentielle aux bonnes mœurs et dictée par l'humanité même. » ⁽¹⁾

Les arguments juridiques présentés contre le pacte successoral sont bien importants, mais les rapporteurs ne s'y arrêtent guère. Pothier avait déjà dit (Tome VIII, page 30) : « Les renonciations aux successions futures sont contraires au principe qu'on ne peut répudier un droit qui n'est pas encore ouvert ; *quod quis, si velit habere non potest, id repudiare non potest.* » Simon répète alors dans son discours le même argument : « On peut vendre, dit-il, une espérance, un coup de filet par exemple, une liquidation de profits qui ne sont pas assurés, mais

⁽¹⁾ LAURENT lui-même, t. XV, p. 471, critique cette admiration sans bornes des rédacteurs du Code pour le droit romain : « La société romaine, dit-il, a été bouleversée de fond en comble par le christianisme et par l'invasion des races germaniques ; une nouvelle civilisation s'est produite, civilisation dans laquelle le commerce et l'industrie prennent la place de l'élément guerrier qui dominait à Rome. A la suite de ces immenses révolutions, les sentiments, les idées, les besoins des hommes ont changé ; et l'on veut que le droit qui les régit soit resté le même ! »

dans tous ces cas le vendeur est propriétaire. L'espérance qu'il vend a un fondement réel dans le champ, dans le troupeau, dans le coup de filet dont il est le maître ; au lieu que l'espérance d'un héritier présomptif dans une succession future n'a point de base réelle et ne porte que sur la présomption souvent fautive qu'il succédera. »

En outre le Code a eu surtout en vue dans son droit successoral, l'égalité des partages ; admettre les pactes de renonciation aurait été contraire à cette égalité : « C'est donc une prohibition juste, puisque sans elle l'un des principaux objets de notre législation actuelle serait facilement éludé, la plupart de ces conventions sur les successions futures, ayant pour but de porter atteinte à l'égalité des partages. » D'ailleurs, dans l'ancien droit ces renonciations avaient la même origine féodale que les exclusions coutumières : imposées surtout aux filles, elles n'avaient pour but que de soutenir l'éclat et le nom de la famille. Ainsi la renonciation payée devient une vente immorale ; gratuite, elle est le plus souvent forcée, injuste et lésionnaire. ⁽¹⁾

Mais le motif sur lequel les auteurs du Code reviennent avec le plus de complaisance, c'est que les pactes successoraux offensent les convenances et « supposent autant le désir que la trop active prévoyance de la mort ».

« Il est sans doute permis, dit Portalis dans son Exposé de motifs, de traiter sur des choses incertaines, de vendre et d'acheter de simples espérances, mais il faut que les incertitudes et les espérances qui sont la matière du

⁽¹⁾ « Ce que les législateurs de 1804 avaient en vue, dit Koenigswarter, c'étaient les renonciations faites aux successions futures par les puînés en faveur des aînés et par les filles au profit des mâles, usages fort répandus en France et dont le but était de conserver la splendeur des familles. »

contrat ne soient contraires, ni aux sentiments de la nature, ni au principe de l'honnêteté.

« Nous savons qu'il est des contrées où les idées de la saine morale ont été tellement obscurcies et étouffées par un vil esprit de commerce, qu'on y autorise les assurances sur la vie des hommes. Mais, en France, de pareilles conventions ont toujours été prohibées. Nous en avons la preuve dans l'ordonnance de la Marine de 1681, qui n'a fait que renouveler des défenses antérieures.

« L'homme est hors de prix : sa vie ne saurait être un objet de commerce; sa mort ne peut devenir la matière d'une spéculation mercantile.

« Ces espèces de pactes sur la vie ou sur la mort d'un homme sont odieux, et ils peuvent n'être pas sans danger. La cupidité qui spéculé sur les jours d'un citoyen est souvent bien voisine du crime qui peut les abrégé. La vente de la succession d'une personne vivante est un contrat éventuel sur la vie de cette personne. Elle a donc tous les vices, tous les dangers, qui ont fait proscrire le contrat d'assurance sur la vie des hommes; elle en a de plus grands encore : elle nous offre le spectacle affligeant d'un parent, d'un proche assez dénaturé pour consulter avec une sombre et avide curiosité le livre obscur des destinées; pour fonder de honteuses combinaisons sur les tristes calculs d'une prescience criminelle, et, je ne crains pas de le dire, pour oser entr'ouvrir la tombe sous les pas d'un parent, d'un bienfaiteur peut-être. »

55. Les commentateurs du Code approuvent presque tous la prohibition des articles 791, 1130 et 1600, et répètent en les exagérant même souvent, les motifs donnés par ses rédacteurs à l'appui de cette disposition.

Demolombe ⁽¹⁾ remarque d'abord à propos de l'article 791, qu'une succession n'existe pas et ne peut faire l'objet d'un contrat, tant qu'elle n'est pas ouverte. « Ajoutez, dit-il, l'inconvenance et l'immoralité de ces sortes de pactes, l'absence de liberté ou plutôt la contrainte morale qui, presque toujours, en cas pareil, vicierait les consentements, le danger social enfin, qui résulterait de l'interversion et de la perturbation qu'ils pourraient en se multipliant causer dans la transmission héréditaire des fortunes, telle que le législateur l'a organisée pour le plus grand intérêt de l'état. En voilà bien assez sans doute pour justifier cette prohibition au double point de vue du droit privé et du droit public. »

56. Colmet de Santerre ⁽²⁾ et Larombière ⁽³⁾ insistent également sur l'incertitude de ces droits éventuels qu'on serait tenté d'abandonner pour une somme modique, sur le caractère lésionnaire de ces conventions, et sur les spéculations dangereuses et immorales auxquelles elles pourraient donner lieu.

« Quand on stipule sur une succession future, dit Larombière, sur les droits éventuels qu'on prétend dans une hérédité non ouverte, on contracte dans la prévision de l'ouverture de cette succession, dans l'attente de la mort d'un homme. Une pareille convention est véritablement barbare, elle contient un vœu homicide, *votum alicujus mortis*, c'est le *pactum corvinum*, un pacte d'oiseaux de proie. La loi a dû le prohiber comme contraire à l'honnêteté et à la décence publique. » Et cependant Larombière

(1) *Cours de Code Napoléon*, t. II, p. 346 et suiv.

(2) *Cours analyt. de C. civ.*, t. IV, n° 256 bis.

(3) *Th. et prat. des obligations*, t. I, p. 239 et suiv.

ne croit pas que ce soit là le motif principal de la loi. Car le Code a bien permis le contrat de rente viagère « qui renferme au suprême degré le vœu homicide, ainsi que d'autres conventions faites dans la prévision et dans l'attente du décès de quelqu'un. » Et si le Code Napoléon ne prohibe les pactes successoraux que parce qu'ils contiennent un vœu homicide, pourquoi n'a-t-il pas fait une exception en faveur des stipulations auxquelles la personne vivante sur la succession future de laquelle on aurait traité, aurait donné son consentement? « Alors, en effet, l'adhésion de cette personne est à la fois une attestation de la moralité du contrat et un démenti donné aux chimériques terreurs de la loi. Or le Code n'y a attaché aucune importance : il annule toujours. Il a donc cédé à d'autres préoccupations et à d'autres craintes ; sans prétendre néanmoins que le législateur moderne soit demeuré indifférent aux considérations de moralité et de décence publiques, nous croyons qu'il les a fait venir plutôt comme pathétique péroraison des autres motifs de la loi. » Pour Larombière le principal de ces motifs, c'est que les pactes successoraux sont lésionnaires dans leur essence et qu'il y aurait un grand danger à permettre aux héritiers poussés par l'impatience, la cupidité ou le besoin, d'aliéner ou d'engager d'une façon quelconque leurs droits éventuels. Le droit commun excluant l'action en lésion contre les conventions qui présentent des éventualités bonnes ou mauvaises, comme tous les contrats aléatoires, il est impossible de faire annuler pour lésion, un pacté sur succession future. C'est pour cela que la loi, presumant toujours la lésion a déclaré nulles de droit, des conventions qui par la force des choses présentent d'ordinaire les caractères de la lésion.

57. Laurent ⁽¹⁾ critique à ce sujet l'opinion de Larombière et soutient que c'est uniquement en vertu de leur immoralité que les rédacteurs du Code ont prohibé les pactes successoraux. Et pourquoi, se demande Laurent, puisque la lésion ne vicie pas le consentement, pourquoi l'admettrait-on comme cause de révision dans les pactes successores ? Il semble au contraire que la chance qui fait l'objet du contrat aléatoire exclut toute lésion. En outre, si la lésion était la cause de la prohibition le pacte successoral serait seulement annulable, la partie lésée ayant seule le droit de l'attaquer. Si au contraire les conventions sur succession future sont prohibées comme contraires aux bonnes mœurs et à l'ordre public, elles sont plus que nulles, elles n'ont pas d'existence légale. Or c'est bien ce que la Cour de Cassation a décidé par une jurisprudence constante. On lit, en effet, dans un arrêt du 11 novembre 1845, déjà mentionné plus haut :

« La convention portant aliénation des droits éventuels qu'on peut avoir à la succession d'un homme vivant, prohibée par les articles 791, 1130 et 1600 du Code, doit être *nécessairement* placée au nombre des conventions qui sont contraires aux bonnes mœurs et à l'ordre public. »

58. Ainsi, la théorie de ceux qui fondent la prohibition des pactes successoraux sur la lésion n'a aucun appui, ni dans la tradition, ni dans les travaux préparatoires du Code civil, rapports et procès-verbaux ; elle est absolument contraire à l'esprit même de la loi. « Il se peut que le Code soit inconséquent, ajoute Laurent, mais il faut l'accepter tel qu'il est. »

Le Code civil français prohibe donc les conventions sur

(1) *Principes de Droit civil*, t. XVI, § III, p. 113 et suiv.

succession future, comme immorales, dangereuses et contraires à l'ordre public. Quelque illogique que cela puisse paraître, puisqu'il autorise d'autres contrats qui présentent les mêmes dangers que les pactes successoraux, il n'en reste pas moins vrai que ce sont là les seuls motifs qui ont inspiré le législateur.

§ 3. — MOTIFS DE L'ADMISSION DU PACTE SUCCESSORAL
DANS LE DROIT CIVIL ALLEMAND

SOMMAIRE : 59. Opinion de la doctrine allemande. — 60. Motifs du projet de loi successorale de Mommsen. — 61. Motifs du Code civil allemand.

59. La doctrine allemande s'est surtout préoccupée jusqu'à présent de l'origine ou de la nature juridique du pacte successoral, plutôt que de son admissibilité. Cependant il ne faudrait pas croire qu'elle fût unanime à regarder ce contrat, comme un acte dont la conclusion doit être favorisée de toutes manières ; quelques auteurs font au contraire des réserves à ce sujet. Mais l'immoralité du pacte successoral ne rentre pas, en tous cas, dans les raisons qu'ils donnent pour cela.

Ainsi une question très discutée est celle de l'utilité ou de la fréquence du pacte successoral dans la pratique ; les uns déclarent, comme Beseler, qu'ils ne les ont pas rencontrés souvent, les autres, comme Mittermaier, soutiennent au contraire que ces pactes sont très fréquents et citent à l'appui de leur manière de voir la quantité d'arrêts rendus par les cours de justice allemandes et surtout par le Tribunal de l'empire à propos de pactes successoraux. En effet, il suffit d'ouvrir les Archives de Seuffert, le

Dalloz allemand, pour trouver une multitude d'arrêts, de toutes les parties de l'Allemagne, jugeant des contestations nées à propos de la forme, de la validité, ou de l'interprétation d'un pacte successoral ⁽¹⁾.

Sans être tous d'accord non plus sur l'origine des pactes successoraux, les juristes allemands reconnaissent tous cependant que la validité de ces contrats repose maintenant dans les pays de droit germanique sur un usage juridique et judiciaire du droit commun, qui a passé dans presque toutes les législations. Mais il est alors quelques auteurs, qui tout en reconnaissant dans la règle la validité du pacte successoral, voudraient le restreindre à certains cas, ou ne veulent pas admettre certaines espèces. C'est ainsi que Beseler nie l'existence juridique du legs contractuel, tandis que Hartmann ne peut concevoir celle du pacte de renonciation. Beseler croit en outre qu'une limitation législative du pacte successoral s'impose, sans qu'il soit nécessaire pour cela de le reléguer dans le contrat de mariage, comme l'a fait le Code civil français, ou de ne le permettre qu'aux seuls époux et fiancés comme le Code autrichien. Enfin une minorité voudrait voir adopter dans toute l'Allemagne le système du Code autrichien. C'est ce qu'a fait Mommsen, dans son « *Projet de loi successorale pour l'Empire allemand, avec motifs* » (1876). Cet ouvrage fut primé à l'occasion d'un concours organisé par la Société des juristes allemands, qui avait proposé ce sujet. C'est l'essai d'unification le plus important avant le Code civil allemand, et les motifs de ce

(1) Voir pour la liste des principaux de ces arrêts l'encyclopédie de HOLTZENDORFF, à la fin des articles *Erbvertrag* et *Erbverzicht*. La source de ces procès est d'ailleurs dans la diversité des coutumes et des législations en vigueur en Allemagne.

Code s'y réfèrent souvent, sans en adopter toujours les dispositions, comme c'est le cas pour le pacte successoral.

60. Mommsen déclare que les pactes successoraux ne sont pas l'expression d'un véritable besoin pratique et qu'ils sont même dangereux. En effet, quelle que soit l'organisation de la succession légitime, dit-il, dans bien des cas une dérogation à la loi se trouvera justifiée et souvent même très désirable. La loi doit donc permettre aux individus de disposer de leur succession en s'écartant dans une certaine mesure des prescriptions légales. Mais on ne peut éviter qu'avec une faculté réservée par le droit, la possibilité d'en abuser ne soit donnée en même temps. Ainsi le *de cuius* peut se tromper, ou bien les circonstances dans lesquelles il se trouve lors de la conclusion du contrat peuvent changer dans la suite. S'il s'agit d'un testament ce danger est diminué par le fait que le testateur peut révoquer ou modifier ses dispositions lorsqu'il reconnaît son erreur ou lorsque les circonstances viennent à changer, mais dans le cas où il aurait conclu un pacte successoral, le mal est irréparable, l'instituant est lié par la disposition qu'il a prise, quand bien même il le regretterait amèrement. C'est là le grand danger des pactes successoraux et ce n'est pas sans raison, que le droit romain prohibait toute limitation contractuelle de la liberté de tester. Or, si le droit germanique a suivi une autre voie que le droit romain, cela provient uniquement d'une différence essentielle entre la conception juridique des Romains et celle des Germains. Tandis que le droit romain, là où il reconnaît une liberté, tient au principe même de cette liberté et enlève au particulier la faculté de la restreindre, le droit germanique au contraire, lorsqu'il

accorde à l'individu une liberté quelconque, la lui donne complètement et l'étend même à la possibilité de l'aliéner.

Enfin, pour Mommsen, le droit coutumier sur lequel repose la validité générale des pactes successoraux ne s'est pas formé seul; il est plutôt le produit de la théorie des juristes et ne correspond pas, par conséquent, à un besoin véritable. Cela résulterait également du fait que les pactes successoraux sont rares, à part ceux très fréquents qui sont joints aux contrats de mariage, et que Mommsen propose de maintenir. Quant aux pactes de renonciation, admis par toutes les législations allemandes, il ne voit aucun motif pour les supprimer et s'en tient d'ailleurs pour tous les pactes successoraux au système du Code civil autrichien.

Comme on le voit, Mommsen ne soulève pas la question d'immoralité des pactes successoraux, il trouve seulement que l'institution contractuelle ne fait pas besoin autrement qu'entre époux et fiancés, et qu'il serait même dangereux de lui donner une plus grande extension, la liberté de tester ne devant pas être restreinte à ce point.

61. Les rédacteurs du Code civil allemand n'ont pas partagé cette opinion et ont admis complètement les pactes successoraux sans faire aucune exception d'objet ou de personnes. Dans les *Motive* ils constatent, en effet, que le Code ne pouvait pas en tous cas laisser de côté un acte admis presque partout en Allemagne, puisque le droit commun connaît depuis longtemps un acte absolument semblable au pacte successoral en autorisant la *mortis causa donatio* avec renonciation au droit de révocation. Les rédacteurs du Code reconnaissent cependant que l'on peut soulever de graves objections contre l'admission de l'institution contractuelle. Ce sont d'abord les difficultés

qui se présentent au sujet de leur nature juridique, très controversée. Puis, l'argument de Mommsen, soit l'impossibilité de révoquer une disposition contractuelle à cause de mort, même lorsque les circonstances à la suite desquelles elle a été conclue, ont complètement changé. Enfin, l'objection que le droit de l'institué, fréquemment acquis au moyen d'une contre prestation peut être annihilé par les dispositions entre vifs de l'instituant, mal auquel on ne peut remédier qu'à moitié. Pourtant ces objections mêmes, tombent en face de la presque unanimité des législations en vigueur.

Restait alors la possibilité de se rattacher à la minorité de ces législations en n'autorisant l'institution contractuelle qu'entre certaines personnes, époux ou fiancés, par exemple, comme dans le Code autrichien. Mais si l'on admet en principe l'institution d'héritier irrévocable par contrat, en l'opposant à la succession testamentaire, il n'y a pas de raison pour faire cette restriction, car les dangers auxquels peut s'exposer un instituant contractuel sont les mêmes dans tous les cas. En outre, ce n'est pas la tâche de la loi d'écarter les dangers qui peuvent résulter de la conclusion d'un acte juridique, en prohibant d'une manière générale tous les actes semblables, mais c'est plutôt à chaque individu à les examiner en lui-même avant de conclure une institution contractuelle. Quant au système du Code civil français, qui n'autorise les institutions contractuelles qu'entre fiancés et les prohibe même entre époux, il a sans doute pour but d'éviter l'influence possible provenant des rapports conjugaux, mais il est presque inutile de dire combien ce souci est exagéré. Du reste dans la pratique, les institutions contractuelles ne sont nullement restreintes aux fiancés et époux, elles sont même

assez fréquentes entre parents de certaines classes, nobles et paysans surtout; elles ont lieu très souvent aussi lors de l'entrée d'un pauvre ou d'un malade dans un asile, et dans ce cas elles sont presque indispensables. ⁽¹⁾

Enfin le Code a reconnu également le pacte de renonciation, quoiqu'il paraisse superflu après l'article 1938, qui permet au *de cujus* d'exclure de sa succession une personne désignée par simple disposition testamentaire et sans institution d'héritier. Mais il restait cependant à régler le contrat par lequel on peut renoncer au droit à la réserve. Puis, le pacte de renonciation est si fréquent dans la vie juridique allemande, si enraciné dans la coutume et dans les mœurs, que l'on ne pouvait songer à le laisser de côté pour la seule raison que le but qu'il poursuit peut être atteint d'une autre manière. L'admission du pacte de renonciation offre enfin des avantages pratiques, entre autres celui de n'exiger qu'un seul acte pour exclure un héritier réservataire du droit à la réserve et de la succession légitime, tandis qu'autrement il en faudrait deux. ⁽²⁾

⁽¹⁾ *Motive*, t. V, pp. 340 et 341.

⁽²⁾ *Motive*, t. V, p. 471.

CHAPITRE II

De lege ferenda, en Suisse

§ 1. — EXAMEN ET CRITIQUE DES DIVERS SYSTÈMES

SOMMAIRE : 62. Motif réel de la prohibition des pactes successoraux en France. — 63. Absence d'un danger pour la vie humaine, spécial aux pactes successoraux. — 64-67. Autres motifs invoqués par les adversaires du pacte successoral : spéculation ; lésion ; désordre dans les familles ; restriction de la liberté de tester.

En étudiant la place réservée au pacte successoral dans les législations modernes, nous avons rencontré deux systèmes bien distincts, dont l'un admet d'une façon plus ou moins générale et quelquefois sans restriction les pactes successoraux, tandis que l'autre les prohibe au nom de la morale et les déclare contraires à l'ordre public. Avant de passer à l'étude de la nature juridique des pactes successoraux, il nous faut donc élucider d'abord cette question préjudicielle de leur immoralité, afin de chercher ensuite le parti que devra prendre le futur Code civil suisse en face de cette divergence d'opinions.

62. Pour défendre leur point de vue les juristes français et les auteurs du Code civil français, ont fait grand état de la prohibition du droit romain et des termes dans lesquels elle était conçue. Mais nous avons vu qu'il ne faut pas prendre à la lettre les termes infamants que

les jurisconsultes romains adressent au pacte successoral. Le droit romain prohibait ces pactes avant tout parce qu'ils étaient contraires à son esprit, à ses traditions, parce qu'il ne voulait pas revêtir d'une sanction juridique des contrats qui auraient eu pour but de tourner les prescriptions légales par la seule volonté des particuliers. Mais il ne faudrait en tous cas pas prendre les mots *contra bonos mores* dans le sens que nous leur attribuons aujourd'hui et nous croyons au contraire que cette prétendue immoralité du pacte successoral provient d'une fausse interprétation du droit romain, transmise par les jurisconsultes du Moyen-Age et adoptée par les auteurs du Code civil.

Pour s'en convaincre il suffit de lire l'exposé de motifs du Code civil français, que nous avons cité plus haut. Les arguments invoqués par Portalis contre le pacte successoral sont peu juridiques et trop exagérés pour être vrais. Il semblerait à l'entendre que nous sommes encore au milieu d'une civilisation assez peu avancée et assez barbare pour que l'on puisse craindre d'être assassiné par celui en faveur duquel on aurait conclu un pacte successoral. Et qui oserait encore prétendre de nos jours que les pays où l'on autorise les assurances sur la vie des hommes sont des contrées « où les idées de la saine morale ont été obscurcies et étouffées par un vil esprit de commerce. » Aussi, malgré les motifs de Portalis et autres, nous ne voyons pas ce qu'il y a d'immoral dans les pactes successoraux, car s'ils formaient réellement une institution dangereuse et immorale, les rédacteurs du Code civil allemand, qui prenaient également en considération le Code civil français en vigueur dans certaines parties de l'Allemagne, devaient aussi les proscrire. Car enfin, pourquoi ces contrats seraient-

ils contraires à l'ordre public en France et pas en Allemagne? La différence qui existe à ce sujet entre les législations de ces deux pays proviendrait-elle alors d'une manière différente de concevoir la morale? Non, puisque nous avons vu qu'il s'agit là d'une différence purement historique. Tandis qu'au début les pactes successoraux primitifs existaient au même degré dans les deux pays, ces contrats rencontrèrent dans les contrées de droit germanique, un terrain plus favorable à leur développement qu'en France, où de bonne heure le droit romain les étouffa et où ils ne durent leur salut qu'à la seule féodalité. En Allemagne, la doctrine cherchant à fonder un droit national, s'en empara, en fit la théorie et les favorisa si bien qu'ils finirent par trouver place dans presque toutes les codifications allemandes modernes et surtout dans le nouveau Code civil allemand. En France, au contraire, les juristes, tous partisans du droit romain, prirent leur prétendue immoralité comme prétexte pour les restreindre et les prohiber. Plus tard, le droit révolutionnaire les abolit complètement en tant que règles coutumières et féodales, contraires au dogme de l'Egalité. Et c'est également surtout parce qu'ils pouvaient porter atteinte à l'égalité des partages, base du droit successoral français, que les rédacteurs du Code civil français les déclarèrent immoraux et illicites.

Remarquons enfin que malgré les termes généraux de la prohibition des pactes successoraux, les expressions dont se servent à leur égard les juristes romains ou leurs lois, s'adressent presque uniquement aux pactes sur la succession d'un tiers, à ces contrats conclus à l'insu et souvent contre la volonté du *de cuius*. Quant aux pactes successoraux proprement dits, les Romains étaient loin de les regarder comme absolument entachés d'immoralité,

puisqu'ils admettaient les contrats sur succession future à condition que le *de cuius* ait donné son consentement et y ait persisté jusqu'à sa mort. Quoique cette règle de la loi 30 *Cod. de pactis* se fût maintenue en France dans certaines provinces jusqu'à l'unification du droit, les juristes français qui en vinrent à s'occuper du pacte successoire, comme Merlin, de Laurière, etc., ne firent jamais la distinction entre ces contrats et les véritables pactes successoraux. Ces auteurs comme tous leurs successeurs en France, ne surent jamais trouver la véritable nature des pactes successoraux. Quand ils parlent des pactes sur succession future, au lieu de séparer les contrats sur la succession d'un tiers, les auteurs et commentateurs du Code civil français confondent toujours. Les termes mêmes des arguments invoqués par eux prouvent bien qu'en combattant les pactes successoraux ils ont en vue surtout les pactes sur la succession d'un tiers vivant ; trouvant ces contrats immoraux, faute de distinction, ils interdisent tous les contrats sur succession future.

63. Nous avons déjà constaté ailleurs la contradiction du Code civil français, qui admet et autorise le contrat de rente viagère, aussi dangereux et immoral que le pacte successoral, puisque le contrat en vertu duquel la mort d'un contractant doit profiter à l'autre, contiendrait un « *votum mortis* » et devrait être déclaré contraire aux bonnes mœurs. Mais considéré à ce même point de vue, le testament lui-même n'est-il pas encore plus dangereux ? Tous les jours il se fait des testaments dans lesquels sont institués des héritiers ou légataires, qui n'ignorent point la faveur dont ils sont l'objet. Or, tandis que l'héritier contractuel sait qu'il n'a pas besoin de s'inquiéter, que son institution est irrévocable, que l'instituant ne pourra

l'annihiler sans son propre concours, ni par un testament contraire, ni par un pacte successoral postérieur, l'institué testamentaire par contre peut craindre d'être destitué d'un jour à l'autre, par un simple caprice du testateur. N'aura-t-il pas alors beaucoup plus d'intérêt à tuer le testateur afin de s'assurer de l'héritage, plutôt que l'héritier contractuel qui sait que rien ne peut l'en priver? Et pourtant quoique la preuve de ce fait se soit présentée assez fréquemment, il paraîtrait absurde de réclamer pour cela la prohibition des testaments. Quant à cette assurance sur la vie que Portalis flétrit des termes les plus déshonorants et qui n'est guère envisagée de cette manière aujourd'hui, n'a-t-elle pas donné lieu souvent à des attentats à la vie, commis par ceux au profit desquels elle avait été contractée? Pourtant, malgré un exemple récent et ignoble, a-t-on songé quelque part à demander la suppression de ces sortes de contrats? On ne saurait, en effet, condamner une institution tout entière, pour cette seule raison que quelques individus dépravés ont pu en abuser. Enfin si l'on tient à faire état de ce *volum mortis* contenu dans le pacte successoral, la succession *ab intestat* est tout aussi dangereuse que ces pactes, tant il est vrai comme le dit si bien Larombière, « que c'est une fatalité de nos institutions ou plutôt de la société humaine, que jamais il ne meure un homme sans que son décès ne procure à un autre plus ou moins de profit pécuniaire ». Il nous faut donc écarter ce motif ridicule de danger pour la vie humaine, toutes ces craintes que les rédacteurs du Code civil allemand ont jugées à bon droit chimériques, et rechercher si l'on peut pour une autre cause prouver l'immoralité du pacte successoral.

64. Serait-ce peut-être la crainte de voir les futurs

héritiers spéculer honteusement sur un héritage problématique, et vendre, souvent pour une obole, leurs droits éventuels? Mais la présence inévitable du *de cuius* au contrat, sa participation directe à celui-ci est la meilleure preuve de l'inanité de cette crainte. Il n'y a guère de spéculation possible que lorsque l'héritier fait un contrat à l'insu du *de cuius*, et dans ce cas nous avons affaire à un pacte sur la succession d'un tiers vivant, espèce qui ne nous concerne pas ⁽¹⁾.

65. Quant à l'incertitude de l'objet, c'est le vice inhérent à tout contrat sur une chose future, et l'on ne voit pas très bien pourquoi l'on en tiendrait compte pour les pactes successoraux, plutôt que pour tout autre contrat aléatoire. C'est que, explique-t-on, les pactes successoraux sont lésionnaires par essence, et par conséquent, surtout en cas de renonciation, dangereux pour l'héritier, qui plus tard regrettera un consentement arraché par le besoin. Ce danger est d'autant plus grand que le pacte successoral est irrévocable, seul un accord entre les deux parties peut l'éteindre, et cette faculté même disparaît après la mort de l'une d'elles. En outre, les circonstances peuvent changer, dit Mommsen, et le *de cuius* peut regretter dans la suite d'avoir conclu un pacte successoral

(1) Dans la crainte des spéculations qui pourraient en résulter, Beseler voudrait interdire l'institution contractuelle à titre onéreux. Ces contrats, dit-il, sont immoraux et dangereux pour la vie du *de cuius* qui aurait consenti à vendre sa future succession. Mais quelle que soit la répugnance que l'on éprouve pour de pareil actes, rien n'empêche cependant, théoriquement, la conclusion de conventions semblables. Elles seront d'ailleurs si rares en pratique, que l'on ne saurait prohiber les pactes successoraux pour cette seule raison que le contrat d'institution d'héritier à titre onéreux est théoriquement possible.

et de ne plus pouvoir, comme pour le testament, biffer d'un trait de plume des dispositions qui ne sont plus en rapport avec les circonstances⁽¹⁾.

Il nous semble qu'il ne faut pas exagérer non plus ce danger, car il sera bien rare que les circonstances déterminantes du contrat se modifieront à tel point que l'une des parties regrettera de l'avoir conclu. Le plus souvent il sera facile de prévoir la résiliation dans ce cas, par l'adjonction d'une condition résolutoire. Et puis, ne peut-on remédier à cela, autrement que par une prohibition générale? Est-ce une raison, parce qu'un contrat peut être plus facilement qu'un autre entaché de lésion, pour le prohiber toujours et partout? Larombière l'avoue lui-même: « Ce n'est pas que dans la pratique, dit-il, la lésion doive toujours exister dans ces conventions. » Alors, pourquoi les prohiber toutes? Ne peut-on faire exception à la règle qui n'admet pas la lésion comme cause de rescision, s'il s'agit de contrats aléatoires, au moins en faveur des pactes successoraux? D'ailleurs, comme le disent très bien les motifs du Code civil allemand, ce n'est pas la tâche de la loi d'éloigner ces dangers probables, en prohibant les pactes successoraux; elle ne peut que les écarter dans la mesure du possible et tâcher d'y remédier lorsque le cas se présente. Kothing dans son article sur le droit successoral de Schwytz cherche alors à remédier au cas où la lésion proviendrait du fait que le *de cujus* en concluant un pacte de renonciation aurait trompé son héritier sur le montant réel de sa fortune.

Il propose en conséquence d'obliger le *de cujus* à pré-

(1) Mommsen est parfaitement illogique dans son argumentation, puisqu'il admet d'autre part sans restriction, le pacte de renonciation, bien plus dangereux que l'institution contractuelle à cet égard.

senter à son héritier un inventaire détaillé de l'objet du pacte successoral. S'il est prouvé ensuite, lors du partage, que l'inventaire a été fixé pour $\frac{1}{10}$ plus haut ou plus bas que la valeur réelle, le pacte pourra être attaqué par la partie lésée. Cette disposition pourrait avoir un bon résultat, mais elle ne nous semble pas tenir compte du danger véritable signalé par Mommsen et les autres adversaires du pacte successoral. Ce qu'il est plutôt à craindre ou du moins ce que craignent ces auteurs, c'est que l'héritier souvent pressé par le besoin, n'abandonne pour une somme dérisoire des droits beaucoup plus étendus, et qu'il regrettera plus tard. Mais ce danger même est plutôt illusoire, et d'ailleurs, il peut se présenter des cas où la plus petite somme est bien plus nécessaire et bien plus utile à un homme que l'expectative souvent fort lointaine d'un héritage, si considérable qu'il soit. Aussi, nous ne croyons pas qu'il faille exagérer l'importance de ce danger de la lésion, qui n'est pas plus fort dans les pactes successoraux que dans les autres contrats aléatoires.

66. « N'oublions pas, dit encore Larombière, que de semblables pactes, le plus souvent surpris à la faiblesse ou arrachés à la crainte révérentielle, seraient une cause de désordre dans les familles et produiraient par leurs abus la subversion même de la loi des Successions. » Nous n'avons pu trouver nulle part la preuve qu'il en soit résulté un désordre quelconque en Allemagne ou en Suisse allemande. C'est ainsi qu'à Zurich, qui possède sous ce rapport le code le plus libéral et le plus large puisqu'il admet tous les contrats sur succession future sans aucune restriction, en 1887, lors de la révision du Code civil rédigé par Bluntschli, toutes les dispositions relatives aux pactes successoraux furent maintenues pres-

que sans changement, sans que personne n'ait songé à demander la prohibition de ces pactes au nom des prétendus désordres qui auraient pu en résulter. Enfin, les rédacteurs du Code civil allemand n'ont pas craint non plus de reproduire les dispositions des codifications qui admettent le pacte successoral depuis le siècle dernier sans que personne ait protesté et sans qu'on se soit aperçu jusqu'à présent qu'il en soit résulté le moindre désordre dans les familles ou le moindre danger pour la vie humaine. Et les auteurs du Code civil allemand en ont conclu que la restriction des pactes successoraux aux seuls époux ou fiancés ne se justifiait pas, et qu'elle était même illogique, car les dangers des pactes successoraux s'ils existaient réellement seraient les mêmes pour tous. D'ailleurs, les auteurs français eux-mêmes commencent à le reconnaître : C'est ainsi que Toullier déclare « que l'on n'aperçoit dans ces traités rien de contraire à l'honnêteté publique ni aux bonnes mœurs. » Larombière admet que le Code pour être logique aurait dû admettre les stipulations auxquelles la personne vivante sur la succession future de laquelle on aurait traité aurait donné son consentement en y persistant jusqu'à son décès, ces pactes n'ayant plus le caractère d'immoralité des autres. Laurent remarque enfin que les pactes successoraux n'ont plus dans nos mœurs le caractère odieux que leur supposait l'ancien droit. « Est-ce parce que nous avons gagné en moralité ? Ou est-ce parce que notre sens moral s'est affaibli ? Toujours est-il que les auteurs modernes sont à la recherche d'autres motifs qui justifient la prohibition des pactes successoraux ! » ⁽¹⁾ Nous avons vu ce qu'il

(¹) Voir aussi BAUDRY-LACANTINIERE, t. II, p. 588, n. 1. » On ne saurait cependant méconnaître que ces caractères (immoralité et

faut penser de ces autres motifs qui sont la lésion, l'incertitude de l'objet, les troubles dans les familles ou l'atteinte à l'égalité des partages.

67. Alors on a prétendu que l'aliénation irrévocable de la liberté de tester dans un pacte successoral était immorale et que l'homme ne pouvait renoncer à ce droit. La liberté de tester est-elle un bien inaliénable faisant partie des droits généraux de l'homme ? Nous ne le croyons pas. Le testament est une institution toute positive qui ne s'est introduite en Allemagne comme en France qu'avec la réception du droit romain et qui n'est pas même reconnue de nos jours dans tous les cantons de la Suisse. La faculté de faire un testament, cette *libertas testamenti faciendi*, si chère aux Romains, est donc un fruit de la liberté civique et n'a par conséquent rien à démêler avec les droits naturels de l'homme. Par contre, nous reconnaissons bien au droit positif la possibilité de défendre à l'individu l'aliénation d'une liberté qu'il lui a accordée, dans la pensée que cette aliénation serait dangereuse pour lui. Ainsi, dans le cas particulier la prohibition du pacte successoral aurait pour but de protéger l'individu contre lui-même en l'empêchant d'aliéner sa liberté de tester, et cela en vertu du droit du législateur d'interdire un contrat parce que sa conclusion serait dangereuse ou pourrait donner lieu à des abus. Mais pour justifier cette prohibition, il faudrait que la conclusion du pacte successoral présentât un danger quelconque et c'est ce que nous ne pouvons admettre. D'ailleurs, celui qui conclut un pacte successoral sur sa propre succession use par cela même de

danger) ne se rencontrent pas toujours dans les pactes sur succession future.... »

sa liberté de tester, tout comme s'il faisait un testament. La seule différence c'est que l'instituant contractuel s'interdit à tout jamais de changer ses dispositions, de pouvoir user une seconde fois de sa liberté. Il ne s'agit donc pas à proprement parler d'une aliénation de la liberté de tester, mais bien d'une simple restriction de la capacité de tester. Nous ne saurions donc trouver immoral ou contraire à l'ordre public le fait de s'interdire tout droit de révocation, après avoir usé de la faculté de disposer librement de ses biens pour le temps où l'on ne sera plus, d'autant plus que nous persistons à ne voir aucun danger dans cette restriction.

Il nous resterait maintenant à examiner les arguments de ceux qui ont voulu prohiber les pactes successoraux, en soutenant qu'une succession non ouverte n'avait pas d'existence juridique et ne pouvait faire l'objet d'un contrat, ou de ceux qui ont nié l'admissibilité de certaines espèces du pacte successoral pour des raisons toutes juridiques. Mais nous étudierons plus loin, ces questions relatives plutôt à la nature juridique et à l'objet du pacte successoral. Nous pouvons en tous cas conclure dorénavant et déjà que les pactes successoraux ne présentent pas les caractères d'immoralité qu'on a bien voulu leur attribuer, et que les prétendus dangers qui en peuvent naître ne sauraient en aucune façon justifier une prohibition générale ou même une restriction de ces pactes.

§ 2. — CONCLUSION

SOMMAIRE : 68. Utilité et fréquence du pacte successoral. — 69. Motifs de son admission dans le Code civil suisse.

68. Grâce à l'influence du droit germanique d'un côté et du droit romain ou français de l'autre, nous nous trouvons également en Suisse en présence d'un certain nombre de législations qui prohibent les pactes successoraux comme immoraux et contraires à l'ordre public, tandis que d'autres ne voient aucun inconvénient à valider ces sortes de contrats. Quel que soit le système adopté en définitive par le Code civil suisse, on peut être assuré qu'il rencontrera ses partisans et ses adversaires convaincus. En ce qui nous concerne, nous nous rattachons pleinement au système choisi par le rédacteur du projet de Code civil suisse parce que nous trouvons que les pactes successoraux ne sont pas immoraux et peuvent même être souvent utiles.

On a nié il est vrai, la fréquence et l'utilité des pactes successoraux dans la pratique, mais il faut remarquer d'abord que grâce à l'influence du droit romain, ces contrats ne purent jamais prendre dans le droit français la place et le rôle que la coutume leur aurait donnés, si elle avait pu se développer librement. Et d'ailleurs, en France même, il arrive souvent que des conventions sont annulées par la Cour de cassation en vertu des articles 791, 1130 et 1600. De nombreux cas sont relatés par Dalloz ⁽¹⁾, et

(1) DALLOZ, t. 44, pp. 300 à 303, t. 33, pp. 138 à 146.

Laurent lui-même avoue en citant plusieurs exemples à l'appui, que la plupart de ces conventions, loin d'être immorales, seraient souvent fort utiles, mais qu'elles doivent cependant être déclarées contraires à l'ordre public et par conséquent inexistantes. Nous avons vu qu'en Allemagne il en était de même, et que les rédacteurs du nouveau Code civil, malgré les quelques dangers apparents que présentaient les pactes successoraux, n'ont pas hésité à leur faire une large place et à consacrer dans leur loi, ce qu'ils pouvaient à bon droit considérer comme un usage constant. En Suisse également, le pacte successoral est souvent employé dans certains cantons où les législations n'ont fait en l'admettant, qu'adopter une coutume déjà très ancienne ⁽¹⁾. Et, comme Huber ⁽²⁾ le fait remarquer si justement, cet usage du pacte successoral prouve qu'il est utile et même nécessaire, puisqu'il remplit un but, qui, dans les cantons où ce contrat est prohibé, doit être rempli d'une manière souvent détournée et en tous cas toujours plus onéreuse. En effet, employé presque exclusivement entre époux, parents et enfants, ou frères et sœurs, relativement aux partages d'industrie, de biens immobiliers ou autres au sujet desquels des contestations pourraient s'élever plus tard, le pacte successoral satisfait un besoin qui, quel que soit son bien-fondé, doit être satisfait d'une manière ou d'une autre. Pour atteindre ce but, parfaitement légitime et licite, qui est de régler d'avance et irrévocablement le partage d'une

(1) Ainsi le pacte de renonciation tel qu'il est organisé par le Code civil de Berne est fréquemment employé par les populations agricoles de ce canton, surtout dans l'Emmenthal.

(2) *Betrachtungen über die Vereinheitlichung*, p. 78.

succession, afin d'éviter des discussions et des dissensions toujours pénibles et fâcheuses, on doit se contenter dans les contrées où le pacte successoral est interdit, de contrats entre vifs souvent très onéreux, de partages anticipés, donations, cessions ou rachats de droits successifs, qui se terminent le plus souvent par des procès, tandis que tout cela pourrait être réglé beaucoup plus facilement et simplement, avec le pacte successoral. Ceux qui jusqu'à présent ont repoussé ce pacte par crainte d'abus dans la vie pratique ou pour d'autres raisons de doctrine, peuvent aisément se rendre compte par les expériences faites ailleurs, que leur opinion n'est absolument pas justifiée. On peut compter enfin sur les saines traditions et les bonnes mœurs, pour donner au pacte successoral dans chaque contrée, le développement et l'importance qui lui appartiennent en vue du but qu'il poursuit.

69. Remarquons enfin que les pactes successoraux ne sont prohibés en Suisse par aucune législation originale. Ainsi les Codes des cantons de Vaud, Valais, Neuchâtel, Fribourg, Tessin, etc., sont des imitations du Code civil français et contiennent sur le pacte successoral des dispositions qui ne sont que la copie pure et simple de celles de ce code. En outre le Code Napoléon fut adopté dans son ensemble par le Jura bernois et imposé à Genève en même temps que dans toute la France. Or les articles du Code français relatifs au pacte successoral sont de ceux qui, à notre avis, pourraient être modifiés avec le plus de raison. Dans sa critique du Code Napoléon Ch. Brocher ⁽¹⁾ les signale en tous cas, comme l'un des points qui lui paraissent réclamer quelque réforme urgente :

(1) *Étude sur la légitime et les réserves*, chap. XIV, p. 394.

« Nous voudrions même, dit-il, qu'on examinât avec soin la question générale des pactes successoraux, dont le besoin se fait sentir bien fréquemment dans la pratique des affaires.

« C'est, nous semble-t-il, aller bien loin que de considérer ces actes comme toujours contraires à la morale, même dans les cas où ils ont lieu avec le consentement de la personne de la succession de laquelle il s'agit.

« Nous savons bien que ce genre de stipulations peut présenter des dangers, résultant de ce qu'il y a d'aléatoire dans les forces d'une succession future, d'imprévu dans les événements qui peuvent rendre convenable d'en disposer de telle ou telle manière.

« Nous savons aussi que de coupables suggestions pourraient souvent y exercer leur influence.

« Nous croyons cependant, que malgré ces difficultés, la question mériterait d'être soigneusement étudiée et que, moyennant certaines garanties et certaines restrictions, il ne serait pas impossible d'élargir considérablement le cercle qui a été tracé à cet égard par notre Code. »

Parmi les Codes qui admettent presque sans restriction le pacte successoral, nous trouvons au contraire ceux de Zurich et des Grisons, œuvres remarquables et originales, qui ont été prises pour modèle par les législateurs de plusieurs cantons de la Suisse allemande. Aussi, du moment qu'il ne peut être prouvé, à notre avis du moins, que les pactes successoraux sont immoraux, dangereux et contraires à l'ordre public, ils ne peuvent être prohibés par le législateur fédéral. Quelle que soit leur fréquence ou leur utilité, ils doivent être admis dans le futur Code civil Suisse, déjà pour cette seule raison, qu'ils ont trouvé

place dans la plupart de nos lois successorales et sont adoptés sans restriction par les deux seuls Codes qui représentent un droit national en Suisse, tandis qu'ils ne sont prohibés complètement que dans les cantons dont la législation n'est qu'une simple imitation d'un Code étranger, vieilli, et faux d'ailleurs sur ce point.

Troisième Partie

NATURE JURIDIQUE DU PACTE SUCCESSORAL

CHAPITRE I^{er}

Nature et effet du pacte successoral.

§ 1. — LE PACTE SUCCESSORAL ET LES AUTRES CONTRATS SUR SUCCESSION FUTURE

SOMMAIRE: 70. Généralités et définition du pacte successoral. —
71-72. Différences théoriques et pratiques entre le pacte successoral et le contrat sur la succession future d'un tiers.

70. La doctrine allemande s'occupe dès le Moyen-Age de cette succession contractuelle, qui lui apparaissait comme une particularité du droit germanique. Mais, trompés par les caractères de ces *Vergabungen*, dans lesquelles ils voyaient la source directe de l'*Erbvertrag*, les premiers juristes qui cherchent à définir le pacte successoral, confondent ces deux actes et déclarent que l'institution contractuelle, comme la donation à cause de mort, donne à l'institué un droit réel sur la fortune actuelle de l'instituant, qui n'en conserve plus que la seule jouissance. Il

résultait alors de cette théorie la conséquence absolument fausse que l'instituant ne pouvait plus disposer de sa fortune, ni entre vifs, ni à cause de mort. C'était méconnaître complètement le caractère véritable du pacte successoral. Ces auteurs oubliaient en effet que ce pacte est un contrat destiné à régler le sort de la succession de l'un des deux contractants et que seuls appartiennent à une succession, les biens qui font partie du patrimoine du *de cuius* lors de sa mort, et non ceux qui en font partie lors de la conclusion du contrat. Enfin, ils confondaient le plus souvent les pactes successoraux avec les contrats conclus sur la succession d'un tiers vivant. Les juristes modernes sont maintenant d'accord pour reconnaître que le contrat d'institution d'héritier ne donne qu'un droit sur la succession future du *de cuius* et non sur sa fortune actuelle. Cependant, il existe encore sur la nature de ce droit des divergences d'opinion assez grandes ; ainsi, Eichhorn commet la même erreur que l'ancienne théorie, en soutenant que les droits de l'héritier contractuel naissent immédiatement après la conclusion du contrat.

Quant à la doctrine française, nous verrons à propos du contrat d'institution d'héritier, qu'elle ne fit jamais la théorie complète du pacte successoral, et de nos jours encore le Code civil français, dans ses articles 1082 à 1096, organise une donation irrévocable de biens présents et à venir, plutôt qu'une institution contractuelle.

C'est à Hasse et à Beseler, suivis bientôt par tous les juristes allemands de notre siècle, que revient le mérite d'avoir fixé la nature véritable des pactes successoraux, en les séparant définitivement des autres contrats sur succession future.

Le pacte successoral a en effet pour but de régler irré-

vocablement la dévolution de tout ou partie d'une succession, soit par une institution d'héritier ou de légataire, soit par une renonciation d'un héritier présomptif à ses droits éventuels. En considérant l'un et l'autre de ces deux points de vue, on pourra donc le définir, *un contrat en vertu duquel l'une des parties reçoit irrévocablement la qualité d'héritier ou de légataire de l'autre, ou renonce irrévocablement aux droits éventuels attachés à cette qualité.*

71. Ainsi pour reconnaître si une convention est un pacte successoral ou non, il faut examiner si le droit successoral, soit la transmission de l'hérédité, est déterminée dans le contrat. Or cette détermination ne peut avoir lieu en tous cas, qu'au moyen d'un contrat conclu avec celui de la succession duquel il s'agit, celui-ci ayant seul le droit de régler en dérogation à la loi, la transmission de sa propre succession, que cela ait lieu par contrat ou non, par un acte irrévocable ou par une simple disposition testamentaire. Il est complètement impossible, en effet, que le contrat de tierces personnes, quel que soit leur intérêt, puisse changer un ordre successoral, et cela que la succession soit ouverte ou qu'elle doive s'ouvrir plus tard, peu importe. Ainsi, au cas où il interviendrait entre deux personnes un arrangement quelconque en vertu duquel celui qui s'attend à recueillir la succession d'un tiers vivant s'engagerait à livrer à l'autre partie, soit le profit pécuniaire qu'il compte en retirer, soit la succession pleine et entière, nous serions alors en présence non point d'un pacte successoral, mais bien d'un pacte sur la succession d'un tiers (*pactum de hereditate tertii viventis*), contrat ordinaire, ne se distinguant en rien des autres contrats du droit des obligations, si ce n'est par son objet successoral. Car la transmission de l'hérédité ne serait pas

changée le moins du monde par cette convention ; resterait héritier celui qui l'était auparavant, et le tiers ne succéderait au *de cujus* ni à titre universel, ni à titre particulier, ni directement, ni indirectement ; il ne recevrait qu'une créance vis-à-vis de l'héritier, au même titre que celui qui achète des droits successifs déjà échus.

Ce qui a le plus contribué à créer une confusion entre les pactes successoraux et les autres contrats sur succession future, c'est que dans cette vente de droits successifs non ouverts, il paraît y avoir, comme dans le pacte de renonciation, un désistement de l'héritier à ses droits éventuels, au profit d'un tiers. Mais pourtant la différence est essentielle : dans le pacte de renonciation il y a une exclusion directe de la succession, le renonçant perd les droits éventuels attachés à la qualité d'héritier ; dans le *pactum de hereditate tertii viventis* il n'y a qu'un abandon des biens de la succession en vertu d'une obligation contractée au profit d'un tiers, qui ne devient pas héritier, le renonçant n'ayant pas perdu cette qualité. Il peut arriver aussi que de futurs héritiers fassent une convention dans l'intention soit de régler d'avance le partage de leurs droits éventuels, comme il aurait eu lieu sans cela aux termes de la loi, soit de fixer une norme définitive pour ce partage afin d'éviter des discussions ultérieures à ce sujet. Mais cette convention même ne ferait que créer une obligation réciproque entre les cohéritiers et ne deviendrait pas non plus un pacte successoral. Tous ces cas appartiennent donc au droit des obligations et non au droit successoral dont le domaine est limité à la transmission des biens par succession.

72. Il en résulte donc qu'au point de vue juridique et théorique les pactes successoraux diffèrent de beaucoup

des autres conventions sur succession future, qui ne forment plutôt avec les contrats sur succession ouverte, que deux groupes différents d'une même espèce appartenant au droit des obligations, celle des contrats sur la succession d'un tiers. On pourra nous objecter peut-être, qu'il ne s'agit là que d'une différence théorique, et qu'en pratique, considérant que ces deux espèces de contrats se rapportent à une succession, on pourrait bien faire rentrer les contrats sur la succession d'un tiers vivant parmi les pactes successoraux. Mais nous ne croyons pas qu'il soit logique de placer ensemble des actes théoriquement différents, pour la seule raison qu'ils poursuivent quelquefois le même but. Et d'ailleurs, malgré une ressemblance occasionnelle et factice, les différences pratiques de leurs effets peuvent être très grandes ; en tous cas, si l'immoralité des pactes successoraux ne nous paraît pas prouvée, la moralité des contrats sur la succession d'un tiers vivant peut être fortement discutée, et ces contrats sont prohibés par bien des codes qui admettent pourtant les pactes successoraux. Pour ce motif déjà le besoin d'une distinction se ferait sentir. Aussi, afin d'accentuer cette différence, depuis Hasse, la théorie allemande se sert du mot *Nachlass* (ensemble des biens constituant une succession) pour désigner l'objet des contrats sur la succession d'un tiers vivant, et du mot *Beerbung* (hérédité, droit successoral) pour désigner l'objet des pactes successoraux. L'emploi de termes différents, disent les auteurs, faciliterait la distinction entre les contrats qui ont pour objet de livrer tout ou partie des biens compris dans la succession, et ceux qui régissent la transmission de l'hérédité. Mais nous n'en voyons pas la nécessité. Les pactes successoraux doivent être conclus avec le *de cujus* et il ne peut être question, quoiqu'il soit

le seul obligé, d'une obligation contractée par lui, de livrer les biens de sa succession qui n'existe pas encore. Dans les autres pactes, au contraire, l'obligé s'engage à livrer les biens compris dans la succession de celui dont il espère hériter. La nature de ces deux sortes de pactes et leurs différences, sont donc tellement évidentes qu'il n'est pas besoin, pour les rendre plus sensibles, de chercher pour leurs objets une terminologie spéciale que la langue française ne nous permettrait pas si facilement d'ailleurs.

§ 2. — CARACTÈRES ET OBJET DU PACTE SUCCESSORAL

SOMMAIRE : 73. Généralités. — 74. Théorie de Hasse et de Beseler sur l'objet du pacte successoral. — 75. Conséquences inadmissibles de cette théorie. — 76. Comparaison du pacte successoral et du testament. — 77. Conclusion.

73. « Tant qu'une succession n'est pas ouverte, disent Demolombe, Larombière et d'autres, elle n'a pas d'existence juridique et ne peut faire l'objet d'un contrat. On ne peut donc renoncer à un droit qui n'existe pas. » En soulevant cet argument contre le pacte de renonciation, ces auteurs manquent de logique puisqu'on pourrait faire la même objection à l'institution contractuelle. Car s'il est vrai que l'institution contractuelle n'a pas pour objet une créance sur les biens de la succession, puisque la succession elle-même n'existe pas avant la mort du *de cujus*, quel est donc cet objet ? Et quelle est alors la nature du droit conféré à l'héritier contractuel ? Il est vrai que le législateur français, tournant ainsi la difficulté, considéra toujours l'institution contractuelle comme un contrat ordinaire, une donation réservant à l'institué, non pas la qualité d'héritier, mais un

simple droit sur les biens héréditaires, une créance dont l'exécution est suspendue jusqu'au décès du *de cujus*, tandis que pour le pacte de renonciation cela n'était pas possible. Avec le système des auteurs allemands du XVII^e siècle, ce pacte devenait bien un contrat en vertu duquel l'héritier s'engageait à repousser la succession quand elle lui serait déferée. Mais cette théorie est inadmissible, car elle aurait pour conséquence d'admettre un pacte successoral n'ayant aucun effet sur l'ouverture de la succession, qui échoirait alors à l'héritier renonçant, comme s'il n'y avait pas eu de pacte. Le pacte successoral n'appartient donc ni au droit réel, ni au droit des obligations, et ce ne peut être qu'un contrat successoral particulier, dont nous avons à rechercher maintenant la nature et l'objet.

74. D'après Hasse et Beseler, le pacte successoral aurait pour objet le droit successoral du renonçant ou de l'institué et non pas la succession du *de cujus*. Ainsi, dans le pacte de renonciation, l'héritier ne promet rien, mais il abandonne son droit successoral; ce n'est donc pas un contrat qui lie ou engage, c'est un contrat qui exclut, qui empêche irrévocablement la délation de la succession, de même que l'institution contractuelle fonde au contraire cette délation. Cette théorie qui peut encore se concevoir pour l'institution contractuelle est plus difficile à comprendre en ce qui concerne le pacte de renonciation. Quel est en effet ce droit qui se trouverait immédiatement abandonné et pour toujours, qui serait absolument éteint et directement détruit par le pacte de renonciation? Du vivant de celui de la succession duquel il s'agit, personne ne peut avoir un droit acquis sur cette succession, pas même un héritier réservataire. *Viventis nulla hereditas*, l'espérance d'une succession ne constitue pas un droit auquel un hé-

ritier, fût-il même réservataire, puisse valablement renoncer. Beseler avoue d'ailleurs lui-même que l'objet du pacte de renonciation n'est qu'une expectative, un *Hoffnungsrecht*, qui même irrévocable, ne peut faire partie du patrimoine de l'héritier. En prenant comme base de notre discussion le cas normal de la renonciation d'un héritier légitime, et en le considérant attentivement, on s'aperçoit bientôt que ce prétendu *Hoffnungsrecht* de l'héritier légitime se réduit même à une simple qualité juridique, en vertu de laquelle la succession peut lui échoir un jour. Or cette qualité (parent, époux, etc.) ne peut pas être détruite par le pacte de renonciation et l'on ne peut pourtant imaginer un autre droit quelconque qui serait immédiatement éteint par ce pacte.

On peut sans doute à une époque donnée énumérer les héritiers légitimes d'une personne, si elle venait à mourir à ce moment même ; mais cette situation de fait est très variable, car le cercle de ces héritiers présomptifs peut s'élargir ou se rétrécir par la mort ou la naissance, et il se peut même au bout de quelque temps, que personne de ce cercle, n'ait encore une expectative quelconque ; ainsi, par exemple, lorsqu'il naît un enfant légitime à un époux jusque-là sans descendance. En outre, des actes juridiques peuvent aussi changer la situation des héritiers, soit : testament, légitimation ou adoption d'un enfant, conclusion ou rupture de mariage, pacte successoral ; actes auxquels nous pouvons ajouter l'émancipation romaine et la renonciation salique. Ces actes sont en partie des contrats (adoption, mariage, pacte successoral), en partie aussi des actes juridiques unilatéraux (testament, légitimation) ; pour les uns le changement de l'ordre successoral est un effet principal et direct (testament, pacte, succes-

soral), tandis que pour les autres ce n'est qu'un effet secondaire (adoption, mariage, etc.). Enfin, ou bien ces actes ont pour but l'attribution d'une succession au détriment de certaines personnes (institution contractuelle, adoption, testament), ou bien il en résulte une exclusion, qui s'effectue au profit d'autres personnes (pacte de renonciation, testament, etc.); et ceci dépend tantôt du caractère de l'acte, tantôt de la volonté des parties.

Si nous comparons maintenant le pacte de renonciation avec ceux de ces actes qui, au point de vue successoral, produisent le même effet, nous voyons d'abord que la qualité juridique qui fait l'objet du pacte successoral n'est pas détruite par lui, tandis que le divorce ou la renonciation salique la détruisent complètement. La nature juridique de la renonciation des Francs-Saliens a été fort justement définie par Beseler quand il dit : « Le pacte de renonciation de la Loi Salique n'avait pas d'effet direct sur le droit successoral, mais celui-ci s'éteignait parce que son motif, sa base, soit l'affinité du sang était détruite quant à ses effets juridiques, si bien que la famille du renonçant n'héritait plus de lui. » Mais il est faux de dire comme Bluntschli que « le pacte de renonciation dissout le lien successoral existant entre le *de cujus* et l'héritier. » Car si cette théorie était juste on en pourrait déduire des conséquences absurdes.

75. Ainsi, l'extinction du pacte de renonciation, de quelque manière qu'elle ait lieu, ne ferait pas renaître le droit successoral du renonçant, car un droit qui est éteint ne peut plus revivre, même si la cause de l'extinction subit plus tard le même sort. Et c'est bien la conséquence que Beseler tire de sa théorie, avec beaucoup plus de logique que de bon sens : « Le pacte de renonciation, dit-

il, ayant un effet absolu et détruisant directement le droit successoral, en cas de *contrarius consensus* des contractants l'état de choses antérieur au pacte ne peut être rétabli, qu'en instituant de nouveau et valablement l'héritier qui avait renoncé. » Mais on ne trouverait heureusement aucun tribunal pour sanctionner cette théorie et partout l'héritier serait réintégré dans ses droits, sans qu'il y ait besoin pour cela d'une nouvelle institution d'héritier.

En outre, avec le système de Beseler, les pactes de renonciation faits sous condition résolutoire seraient impossibles et devraient être déclarés nuls. Mais comme ces pactes ne sont pas rares et qu'ils sont au contraire souvent fort utiles, Beseler sacrifie ici la théorie à la pratique : « La possibilité d'une condition résolutoire, dit-il, doit être admise malgré les objections que l'on pourrait soulever au nom du droit commun. » Or, pour être logique, Beseler aurait dû nier la possibilité d'un pacte de renonciation fait sous condition résolutoire. Car un contrat sous condition résolutoire a d'abord les mêmes effets qu'un contrat pur et simple, et puisque le pacte de renonciation pur et simple anéantit complètement le droit successoral, comment l'arrivée de la condition résolutoire peut-elle faire revivre ce droit sans une nouvelle institution d'héritier ? Et pourtant, personne n'a jamais douté de la légalité des pactes de renonciation sous condition résolutoire ou n'a songé à déduire cette conséquence pourtant logique de la théorie de Beseler, pas même son auteur.

Enfin, les pactes de renonciation partiels seraient également impossibles, car on ne peut s'imaginer l'extinction partielle d'un droit ou d'un lien successoral. Et

pourtant ces pactes sont assez fréquents, surtout de la part des héritiers réservataires, sans qu'un juge quelconque ait jamais mis en doute leur validité.

C'est ainsi que des considérations théoriques et pratiques montrent le peu de fondement de la théorie de Beseler : théoriques parce qu'il ne peut y avoir un droit directement éteint par le pacte de renonciation, pratiques parce que cette théorie conduit à des conséquences qui sont en contradiction absolue avec le droit actuellement en vigueur.

76. La base de la délation successorale n'est donc pas détruite par la renonciation contractuelle d'un héritier légitime, et l'on ne saurait mieux comparer à ce sujet le pacte de renonciation, qu'aux testaments contenant l'exhérédation expresse d'un héritier légitime, sans institution, comme ils sont en vigueur dans le Code autrichien ou dans le Code civil allemand ⁽¹⁾. En effet, il est évident que si le testateur déchire plus tard son testament, l'exhérité se retrouve dans la même situation qu'auparavant. Cela ne semble pas être cependant l'avis de Beseler qui dit : « Le pacte de renonciation éteint le droit successoral absolument et directement comme l'exhérédation testamentaire », phrase contenant deux affirmations qui se contredisent complètement, car l'exhérédation contenue dans un testament, n'a jamais eu pour effet d'éteindre absolument et directement le droit successoral. Le testament défavorable à des héritiers légitimes n'est qu'un obstacle placé entre leur espérance et sa réalisation ; si le

(1) Code civil allemand, art. 1938 : « *Le défunt, par testament, peut exclure de la succession légitime un parent ou son conjoint, sans instituer un héritier.* »

testateur déchire le testament, l'obstacle disparaît sans qu'il y ait besoin d'une nouvelle institution. Or, cet obstacle peut provenir d'une autre cause, par exemple de la naissance d'un enfant légitime. Et cependant ce fait, grâce auquel les collatéraux cessent d'être héritiers présomptifs, ne dissout pas complètement leur lien successoral, car si l'enfant meurt avant le *de cuius*, les collatéraux redeviennent ses héritiers. Le pacte de renonciation repousse l'expectative et empêche une délation de succession qui aurait eu lieu sans lui, de la même manière et sans détruire aucunement le lien successoral. Car, derrière cette expectative ou ce droit successoral abstrait, il n'y a rien de tangible juridiquement, si ce n'est une qualité juridique, un état de la personne, qui aura peut-être pour conséquence la délation d'une succession. Mais cette qualité — parent ou époux — ne peut être détruite par le pacte de renonciation.

Il résulte donc de cette théorie, contrairement à celle de Beseler, que si le pacte de renonciation vient à s'éteindre, soit par la volonté contraire des parties, soit par l'arrivée d'une condition résolutoire, soit par un motif quelconque, l'expectative de l'héritier renonçant renaît sans qu'il y ait lieu de l'instituer de nouveau. Enfin les pactes de renonciation partiels sont parfaitement possibles et valables, tout comme un héritier peut être, par testament, limité à la réserve.

Il nous est facile maintenant d'établir que le pacte de renonciation n'est que le contraire de l'institution contractuelle qui peut être également comparée au testament. Ces deux pactes influent sur la délation, celui-ci la fonde, tandis que celui-là y met obstacle. Comme le testament, le pacte successoral peut soit exclure de la succession lé-

gitime, soit contenir une institution d'héritier ou de légataire seulement. La nature contractuelle du pacte empêche la possibilité d'une révocation unilatérale de l'institution, tandis qu'elle assure l'effet de l'exclusion. A part cette irrévocabilité du pacte successoral, il a le même effet qu'un testament.

77. L'objet du pacte successoral n'est donc pas un droit acquis, car il n'y a pas juridiquement de droit successoral avant l'ouverture de la succession ; c'est une qualité juridique, soit la qualité d'héritier, pouvant suivant les circonstances donner naissance, lors de la mort du *de cuius*, à des droits successoraux. Par suite d'un obstacle quelconque cette qualité pourra ne pas donner naissance à ces droits, ou ne créer que des droits restreints, mais cela ne l'empêchera pas de subsister et de recouvrer son effet primitif au cas où l'obstacle viendrait à disparaître. Cette qualité peut être fondée de différentes manières, par des actes juridiques et des contrats (mariage, pacte successoral, adoption), ou par la loi qui l'attribue à de simples rapports de parenté ; elle peut être détruite par certains actes, comme le divorce, elle peut cesser de produire des effets à la suite d'un pacte de renonciation. Ainsi dans le contrat d'institution d'héritier et le legs contractuel, cette qualité d'héritier ou de légataire est conférée par celui-là seul qui est capable de le faire, le *de cuius*, tandis que dans le pacte de renonciation, un héritier présomptif renonce à cette qualité ou plutôt au bénéfice de cette qualité, soit aux droits éventuels auxquels elle aurait pu donner naissance après la mort du *de cuius*. Mais il n'y a pas de droit qui puisse être créé immédiatement par l'instituant contractuel, pas plus qu'il n'existe un droit que le pacte de renonciation soit capable de détruire irrévocablement.

§ 3. — EFFET DU PACTE SUCCESSORAL

SOMMAIRE: 78. Absence d'une obligation créée par le pacte successoral. — 79. Effet des contrats n'appartenant pas au droit des obligations.

78. Si l'institution contractuelle est le contraire du pacte de renonciation en ce sens que l'une confère une qualité au bénéfice de laquelle on renonce dans l'autre, ils ont cependant tous deux la même nature contractuelle.

Au moyen de l'institution contractuelle, l'instituant pose le germe d'un droit successoral en faveur de l'autre partie ; la question de savoir si ce droit prendra naissance un jour, est encore incertaine, mais en tous cas indépendante du caprice de l'instituant, car il a mis en concluant le pacte une limite à sa capacité de tester. De même, au moyen du pacte de renonciation, il est mis un obstacle à ce qu'un droit successoral puisse naître en faveur de l'héritier présomptif renonçant, qui se trouve ainsi exclu sans autre, lors de l'ouverture de la succession. Mais aucun de ces deux contrats n'a pour effet de créer une obligation quelconque. L'institution contractuelle n'oblige pas le *de cuius* ou ses héritiers et ayants cause à livrer la succession ; elle a conféré à l'institué une qualité juridique en vertu de laquelle il se trouve appelé à la succession au même titre que les autres héritiers ou légataires. Si l'instituant se repend de sa décision et fait un testament contraire ou conclut un autre pacte successoral incompatible, il n'a pas contrevenu aux termes de son précédent contrat et ne peut être poursuivi en justice, car il ne devient pas pour ce fait passible de dommages-intérêts. Il a frappé tout simplement un coup d'épée dans l'eau, en faisant un

acte qu'il était juridiquement incapable de faire, après avoir lui-même limité sa capacité sur ce point.

Le pacte de renonciation n'oblige pas non plus le renonçant à refuser la succession, celui-ci s'en trouve exclu parce qu'il a renoncé aux effets de sa qualité sans l'avoir détruite. S'il se présente donc à la succession, ou s'il conclut ensuite des actes en vertu de cette qualité d'héritier, il n'a pas non plus contrevenu à son contrat, il a fait des actes inexistantes qu'il n'est plus capable de faire parce qu'il a, de son propre gré, limité sa capacité; il est devenu totalement ou partiellement incapable de succéder au *de cuius*, et c'est pour cela que le Code civil allemand a placé les dispositions relatives au pacte de renonciation après les incapacités de succéder.

Le pacte successoral n'est donc pas un contrat qui crée une obligation dans le sens juridique du mot, quoiqu'il soit cependant un lien de droit et qu'il ait comme elle une force obligatoire. Car, ainsi que l'a démontré Hasse le premier à l'occasion du pacte successoral, on peut limiter sa sphère d'action par un acte juridique, de différentes manières. D'abord par une promesse, acceptée ou non, puisque les offres seules peuvent dans certains cas lier celui qui les a faites, puis par l'abandon, l'aliénation d'un droit, et enfin par des actes juridiques où l'on ne peut parler ni de la transmission ni de l'aliénation d'un droit et qui ont cependant pour effet de limiter la capacité juridique d'une partie, tout comme une aliénation.

79. Un contrat peut en effet avoir d'autres résultats que celui de créer ou d'éteindre un droit, de faire naître une obligation ou une action personnelle permettant à son détenteur de poursuivre l'accomplissement de certaines prestations. Le droit romain lui-même connaissait ces

sortes de contrats : ainsi quand une servitude était établie par stipulation, il ne naissait de ce fait pour aucun des contractants une obligation, car la seule prestation était dans ce cas l'établissement de la servitude, la naissance de ce droit réel ; mais une fois la servitude établie par la stipulation elle-même, il ne restait plus rien à prêter. De même aujourd'hui quand un mariage est conclu, il y a bien un contrat, mais ce contrat ne donne naissance à aucune espèce d'obligation juridique. Il résulte bien de la conclusion du mariage une liaison de famille avec des devoirs qui prennent en considération la personne tout entière des époux, mais ce lien n'a nullement en vue certaines prestations. Et comme la conclusion du mariage lie les deux époux, de même, dans d'autres contrats, une simple parole acceptée peut limiter la capacité de celui qui l'a donnée, sans rien aliéner et sans obliger personne à une prestation quelconque.

Dans l'institution contractuelle, le futur *de cujus* nommé son héritier présomptif comme dans un testament, mais en vertu du contrat conclu avec cet héritier, il ne peut plus changer sa volonté qu'en faisant révoquer l'institution intervenue. Il n'y a donc plus rien à prêter, il n'y a pas même une obligation de ne pas faire, soit par exemple de ne pas révoquer l'institution, comme le prétend Hartmann, puisque la révocation unilatérale n'est juridiquement plus possible et qu'elle serait même complètement nulle, l'irrévocabilité de l'institution contractuelle étant une conséquence immédiate et inévitable du contrat. De même que l'individu marié ne peut plus épouser une seconde personne du vivant de la première et que civilement ce second mariage serait inexistant, de même l'instituant contractuel ne peut plus faire de pacte successoral ou de testament

contraires, car ces actes seraient complètement nuls et sans effet ⁽¹⁾.

Ainsi dans tout le domaine du pacte successoral il n'y a aucune obligation qui soit le résultat du contrat. Le pacte successoral fait partie des actes qui n'obligent pas, mais lient et souvent d'une façon plus sûre et plus fixe que ne le fait l'obligation; car ces actes constituent en tous cas comme celle-ci un lien de droit qui rend justement impossible l'action contraire. C'est ce lien de droit qui empêche l'instituant de revenir sur sa décision en instituant quelqu'un d'autre que l'institué contractuel, celui-ci ayant acquis irrévocablement par le contrat la qualité d'héritier présomptif; c'est ce même lien qui empêche l'héritier présomptif renonçant de prendre part à la succession dont il est exclu, ayant irrévocablement perdu la faculté de faire valoir les droits auxquels sa qualité d'héritier aurait pu donner naissance.

(1) Nous verrons que les termes de l'art. 492 de l'Avant-projet suisse, semblent admettre au contraire une obligation de la part du *de cuius*. D'ailleurs la plupart des Codes définissent le contrat d'institution d'héritier comme s'il s'agissait non pas du droit de devenir plus tard héritier, mais d'un droit de créance sur la future succession. Ainsi *Landr. prussien* I, 12 § 617; *Code Autrichien*, art. 602, 1249 et 1253. V. STOBBE t. V, p. 282; p. 281, cet auteur donne la définition suivante : Le contrat d'institution d'héritier est un contrat en vertu duquel l'un des contractants doit devenir l'héritier de l'autre s'il lui survit.

CHAPITRE II

Conclusion et extinction du pacte successoral

§ 1. — LE CONTRAT ET LE DROIT DES SUCCESSIONS

SOMMAIRE : 80. Règles applicables au pacte successoral ; contrat et testament. — 81. Effet des conditions immorales, illicites ou impossibles. — 82. Conversion du pacte successoral nul en testament. — 83. Application de l'art. 1184 du Code civ. français au pacte successoral.

80. Le pacte successoral est un contrat et comme tel doit être soumis aux règles générales concernant la conclusion, la validité et l'extinction des contrats. Mais cependant, par son influence directe sur la délation de la succession, par sa nature spéciale et successorale, le pacte successoral doit nécessairement être placé dans le droit des successions, à côté du testament, en tant que moyen de confirmer ou de changer l'ordre de la succession légitime par la volonté du *de cujus*. L'institution et le legs contractuels ayant presque les mêmes effets que le testament, la plupart des règles relatives à ce dernier acte seront même applicables au pacte successoral, si bien que plusieurs auteurs ont cherché à assimiler les pactes successoraux aux testaments et à les soumettre aux règles des testaments plutôt qu'à celles des contrats. Mais il ne faut pas oublier que le contrat est la base des pactes successo-

raux, qu'il les distingue des autres actes semblables notamment des testaments, et qu'il détermine par cela même leur nature juridique et leur construction. Ce sera donc l'œuvre de la loi de distinguer soigneusement entre les différentes règles auxquelles doit être soumis le pacte successoral, en indiquant expressément celles du testament applicables à ce pacte et en renvoyant tacitement pour tout le reste aux règles générales des contrats.

Les causes viciant le consentement dans le pacte successoral, erreur, dol ou violence, seront forcément soumises aux règles des contrats ; pour la lésion, il n'y aura pas lieu de l'admettre, dans la règle, soit parce que nous sommes en présence d'un contrat aléatoire, soit à cause de la difficulté qu'il y aurait de déterminer exactement les cas de lésion. Pour la capacité des parties, la forme, les causes de résiliation et d'extinction, le caractère quelquefois dangereux des pactes successoraux exigera des règles spéciales ou tout au moins des règles précises.

Enfin, tout ce qui concerne la réduction, les charges ou le contenu du pacte successoral sera soumis aux règles des testaments ⁽¹⁾. Pour la nullité seront applicables les dispositions relatives, soit aux contrats en général, soit aux testaments, principe énoncé comme suit par l'*Avant-projet de Code civil suisse* :

(1) Art. 2279, al. 1 du Code civil allemand : « *Aux avantages et charges contractuels s'appliquent par analogie les dispositions relatives aux avantages et charges de dernière volonté.* » Toutefois d'après l'article 2298, al. 1, la nullité de l'une des dispositions contractuelles faites par les deux parties entraîne l'inefficacité du contrat tout entier, tandis que l'article 2085 dispose que dans la règle l'inefficacité d'une seule des dispositions contenues dans un testament n'a pas pour conséquence la nullité des autres dispositions.

Art. 488. — *Les causes de nullité des testaments s'appliquent aux pactes successoraux; la prescription commence toutefois à courir dès l'ouverture de la succession.*

Les contractants et, après le décès du disposant, l'autre partie, ont en outre la faculté de faire annuler le pacte successoral, comme tout autre contrat et pour les mêmes causes.

Art. 489. — *Les héritiers lésés par des dispositions du pacte successoral ont l'action en réduction, comme à l'égard des testaments.*

La réduction s'opère sans distinction entre les dispositions testamentaires et contractuelles, etc.

81. Une question longuement controversée par les auteurs et tribunaux allemands est celle de l'effet des conditions immorales, illicites ou impossibles sur les pactes successoraux. Faut-il annuler seulement la condition en faisant prévaloir la nature successorale et testamentaire du pacte, ou bien faut-il au contraire, faire prévaloir sa nature contractuelle et annuler le tout? Cette question qui a fait le sujet d'un travail spécial de Scharnweber « *Der letzte Wille und der Erbvertrag* » est maintenant généralement résolue dans ce sens que la condition illicite, immorale ou impossible annule le pacte successoral tout entier, comme pour tous les autres contrats. La solution contraire proviendrait croyons-nous d'une confusion complète du pacte successoral et du testament ⁽¹⁾. L'intérêt de cette

⁽¹⁾ HARTMANN, p. 51 et suiv., WINDSCHEID, § 554, n. 17a, UNGER, § 26, n. 14, STOBBE, V, p. 289, et le *Code saxon*, article 2549, considèrent ces conditions comme non écrites. Exigent au contraire l'annulation de l'acte tout entier : *C. Max. Bav.* III, 11, § 1, n. 8, *Code*

controverse disparaît d'ailleurs devant les prescriptions de l'Avant-projet de Code civil suisse qui annule avec raison toute les dispositions de dernière volonté immorales ou illicites, soit à raison de leur contenu, soit à raison des clauses y ajoutées.

82. On a beaucoup discuté aussi la question de savoir si un pacte successoral nul en tant que contrat pouvait être valable comme testament. Ainsi, par exemple, dans le cas où le *de cuius* serait incapable de contracter, mais posséderait la capacité de tester, l'institution d'héritier sera-t-elle assimilée à une disposition testamentaire et valable comme telle? Windscheid, § 529, n. 3 *in fine*, Hartmann, page 32, et Unger, § 26, n. 6, admettent que lorsqu'un pacte successoral est nul, comme contrat, l'institution d'héritier qu'il contient est toujours valable, si elle satisfait aux exigences d'une institution testamentaire. C'est le système suivi par l'article 1250 du *Code autrichien*.

Stobbe, Dernburg, Roth et d'autres n'admettent pas, par contre, cette conversion. Le *Landrecht prussien* I, 12, § 619 et le *Code saxon* article 2547, disposent expressément qu'un pacte successoral nul ne peut en aucun cas être maintenu comme testament.

Mommsen (motifs, p. 267) voudrait faire à ce sujet une distinction entre l'institution contractuelle à titre onéreux et celle à titre gratuit qui seule pourrait être valable comme testament. Dans ce dernier cas, dit-il, l'intention du *de cuius* est toujours d'instituer l'autre partie, et l'on peut présumer qu'il aurait maintenu sa

autrichien, article 1251, BESELER, II, p. 269 et suiv., ALBRECHT, p. 336, KUGELMANN, p. 99, n. 15, DERNBURG, III, § 176 et ROTH, III, § 334, n. 15 et 18.

décision même s'il avait su que l'acceptation de l'institué n'était pas valable ou que pour une tout autre raison l'acte n'était pas parfait comme contrat.

Le *Code civil allemand* s'en réfère tacitement à la disposition générale suivante :

Art. 140. — *Si un acte juridique nul satisfait aux conditions d'un autre acte juridique, il est valable à ce dernier titre lorsqu'il y a lieu d'admettre que les parties connaissant la nullité auraient voulu cette validité.*

D'après les motifs ⁽¹⁾, les rédacteurs du Code ont estimé qu'il n'y avait pas lieu de mentionner spécialement ce cas pour le pacte successoral et qu'une disposition expresse à ce sujet aurait au contraire obscurci l'article 140. En outre, on ne saurait justifier une présomption légale de la volonté des parties en faveur de la conversion du pacte en testament.

L'Avant-projet suisse ne contient aucune mention à ce sujet. D'ailleurs la conversion préconisée par Hartmann et Windscheid, nous paraît contraire à la nature du pacte successoral comme à la volonté des parties, et la loi ne peut établir une présomption dans ce sens, car on peut tout aussi bien présumer, contrairement à Mommsen, que si le *de cujus* avait su que son contrat était nul, il se serait empressé peut-être de faire un autre testament ou de conclure un autre pacte.

83. Enfin législations et auteurs s'accordent aujourd'hui à reconnaître que le pacte successoral peut être aussi bien un contrat à titre gratuit qu'un contrat à titre

⁽¹⁾ *Motive*, V, p. 317.

onéreux. ⁽¹⁾ Dans ce dernier cas, peut-il être considéré comme un contrat synallagmatique ⁽²⁾ et comme tel doit-il être soumis à la condition résolutoire tacite du Code civil français? Nous ne le croyons pas, en théorie du moins.

En effet, le pacte successoral ne créant ni un droit ni une obligation, ne rentre pas dans les contrats auxquels sont applicables les règles et définitions exposées au Livre III, tit. 3 du Code civil français, puisqu'il n'y est parlé que des « obligations conventionnelles. » Si nous le comparons cependant aux autres contrats, spécialement en ce qui concerne les art. 1101 à 1106 et 1184, nous pouvons en déduire les principes suivants :

Pris dans la forme pure et simple d'une institution contractuelle ou d'un pacte de renonciation sans contre-prestation, le pacte successoral est un contrat à titre gratuit, mais non unilatéral dans le sens que l'art. 1103 donne à ce mot, puisque ni le *de cujus* dans le premier cas, ni l'héritier dans le second, n'ont contracté une obligation quelconque ; ils ont tous deux restreint leur capacité, soit celle de tester, soit celle de succéder.

S'il y a contre-prestation, le pacte successoral est un contrat à titre onéreux, mais il ne devient pas pour cela « synallagmatique », car il ne correspond pas à la définition de l'art. 1102 et n'a pas pour effet de créer des obligations réciproques des contractants. Il n'y a une obligation que pour celui qui a promis la contre-prestation, soit l'institué

⁽¹⁾ Voir p. 103, note 1, l'opinion de BESELER à ce sujet.

⁽²⁾ Comme tout contrat, le pacte successoral est un acte bilatéral en ce sens qu'il requiert pour sa perfection le concours de deux personnes. Nous l'avons opposé à plusieurs reprises dans cet acception au testament, acte unilatéral qui n'exige au contraire que l'activité d'une seule personne.

contractuel, soit le *de cujus* du pacte de renonciation, et seule l'autre partie aurait le droit de poursuivre la résiliation du contrat. L'art. 1184 du Code ne serait donc pas applicable. Quelle serait en effet l'obligation assumée par l'héritier renonçant et par quel motif le *de cujus* pourrait-il demander la résiliation du pacte de renonciation en vertu de l'art. 1184? Pour le contrat d'institution d'héritier la question est sans doute plus délicate, mais nous croyons avoir démontré que l'institué contractuel n'acquiert en vertu du pacte aucun droit quelconque, qui puisse l'autoriser à se prévaloir de la condition résolutoire tacite, de l'art. 1184 du Code civil français ou de l'art. 422 du Code fédéral des Obligations. Cependant l'*Avant-projet de Code civil suisse* paraît avoir adopté le système contraire.

La définition seule que cet Avant-projet donne de l'institution contractuelle pourrait déjà prêter à confusion :

Art. 491, al. 1. *Le contrat d'institution d'héritier oblige le disposant à laisser sa succession à l'autre partie ou à un tiers, en qualité d'héritier institué.*

En outre, les articles suivants assimilent le pacte successoral à un contrat synallagmatique :

Art. 487, al. 3. *La partie à laquelle le pacte confère le droit de réclamer des prestations entre vifs peut le résilier, comme tout contrat synallagmatique, si le disposant est en demeure ou ne fournit pas des sûretés.*

Art. 492. *Si le disposant reçoit une contre-prestation, l'autre partie a la faculté de s'adresser au juge pour se prémunir contre les dispositions entre vifs par lesquelles son cocontractant la menacerait de réduire sa*

succession à une valeur inférieure à celle de la contre-prestation.

Ainsi, il semblerait résulter de ces articles que l'Avant-projet établit, en cas d'institution contractuelle avec contre-prestation, les obligations réciproques suivantes :

1^o Pour l'institué contractuel, *obligation d'exécuter la contre-prestation promise.*

2^o Pour l'instituant, *obligation de ne pas réduire sa succession à une valeur inférieure à celle de la contre-prestation reçue.*

Le pacte successoral deviendrait donc un contrat synallagmatique contenant une condition résolutoire toujours sous entendue « pour le cas où l'une des deux parties ne satisfera point à son engagement. » Le commentaire de l'Avant-projet (p. 163) renvoie d'ailleurs expressément à ce sujet à l'art. 122 du Code des Obligations. Or l'art. 492 nous semble oublier que le pacte successoral est un contrat essentiellement aléatoire, et méconnaître le principe que la liberté du *de cuius* de disposer entre vifs de ses biens ne peut être restreinte en aucune façon par un pacte successoral même si ce contrat est conclu à titre onéreux, principe que nous examinerons encore plus loin. En outre cet article est contraire à cette autre règle que l'institué contractuel n'a aucun droit, aucune action contre le *de cuius*, celui-ci n'ayant contracté aucune obligation envers lui. Cependant, la disposition de l'art. 492 se justifie par des raisons pratiques, elle a pour but d'empêcher qu'on ne spéculé sur sa propre succession ou que l'institué ne soit lésé par des actes dolosifs du *de cuius*, et prévient en quelque sorte un des dangers du pacte successoral.

Il résulte bien d'ailleurs des motifs de l'Avant-projet que cette exception à la règle est fondée non pas sur un droit de l'institué, mais sur l'équité. ⁽¹⁾

Quant à la disposition de l'art. 487, al. 3, nous en reparlerons au sujet de la résiliation unilatérale du pacte successoral.

§ 2. — CAPACITÉ NÉCESSAIRE POUR CONCLURE UN PACTE SUCCESSORAL

SOMMAIRE : 84. Capacité du *de cuius*. — 85. Capacité de l'autre partie.
— 86. Capacité de la femme mariée.

Vu la nature mixte du pacte successoral, nous aurons ici à prendre en considération la capacité de contracter et la capacité de tester, ou de succéder.

84. Le *Code civil allemand* et l'*Avant-projet suisse* exigent pour ceux qui contractent sur leur propre succession d'abord la conclusion personnelle, puis la capacité civile pleine et entière. La capacité de tester fixée à dix-huit ans par l'Avant-projet et à seize ans par le Code allemand ne suffirait pas. La plupart des législations sont d'accord sur ce point; les dispositions du pacte succes-

⁽¹⁾ *Das Vertragsverhältniss bindet beim Erbeinsetzungsvertrag den Erblasser, insofern, als er Verfügungen von Todeswegen, die den Erbvertrag nach Art. 468 beeinträchtigen oder aufheben würden, nicht mehr errichten kann. Dagegen lassen wir ihm die freie Verfügung unter Lebenden mit Ausnahme des Falles, da der eingesetzte Erbe oder Vertragsgegner aus dem Vertrag Gegenleistungen zu machen hat. Hier verlangt die Billigkeit, dass der Vertragsgegner zur Sicherung der ihm versprochenen Erbschaft die richterliche Hülfe erhalte, von der in Art. 492 die Rede ist.* (Comment., p. 164.

soral étant irrévocables, il est bon d'exiger la présence personnelle du disposant et sa capacité civile complète.

Peut-on cependant permettre aux mineurs ou autres personnes frappées d'une incapacité restreinte, de conclure un pacte successoral sur leur propre succession future, selon les règles générales des contrats, avec l'assistance de leur tuteur ou d'un conseil spécial?

Les *Codes civils d'Autriche* et de *Zurich* admettent l'assistance de l'autorité tutélaire dans ce cas. Ainsi, *Code de Zurich* :

Art. 1052. — *Ne peuvent faire un pacte sur leur propre succession que les personnes parvenues à l'âge de discernement et capables de volonté.....* (cet âge est fixé à seize ans révolus par l'art. 10).

Art. 1053. — *Les personnes qui n'ont pas la capacité civile ne peuvent faire un tel pacte successoral qu'autorisées ou représentées par l'autorité tutélaire.*

De même que le *Landrecht prussien*, I, 15, § 621, le *Code saxon*, article 2545 et le projet de Mommsen, le *Code civil allemand* et l'*Avant-projet suisse* n'admettent pas la possibilité pour un mineur ou un incapable de conclure un pacte successoral sur leur propre succession.

Avant-projet, art. 484, al. 2. — *Le disposant* ⁽¹⁾ *doit être capable de disposer et de contracter.*

Code civil allemand, art. 2275, al. 1. — *Peut seul conclure un pacte successoire, comme disposant, celui qui a une capacité de contracter illimitée.*

(1) Ce mot « *disposant* » correspond mal dans ce cas à l'*Erblasser* du texte allemand, car cet article s'applique également au pacte de renonciation où pourtant il peut arriver que le *de cujus* ne dispose pas.

Ce code fait donc une distinction entre le *de cuius* qui dispose de sa future succession et celui qui se borne à accepter la renonciation d'un héritier ; pour ce dernier non seulement la représentation est possible s'il est incapable, mais il peut se passer d'un assentiment quelconque si sa capacité est seulement restreinte.

Art. 2347, al. 2. — *Le de cuius ne peut conclure le contrat qu'en personne ; si sa capacité de contracter est restreinte, il n'a pas besoin de l'assentiment de son représentant légal. S'il est incapable de contracter, le contrat peut être conclu par son représentant légal ; l'approbation du tribunal des tutelles est nécessaire dans les mêmes limites qu'à l'alinéa 1.*

Le pacte de renonciation étant plutôt favorable au *de cuius*, puisqu'il lui donne le droit de disposer de tous ses biens sans aucune restriction, le Code allemand admet dans ce cas une capacité assez large, mais cette distinction nous paraît inutile. D'ailleurs le plus souvent le pacte de renonciation sera lié avec une institution contractuelle et rentrera dans le cas de l'article 2275, al. 1. Nous préférons donc le système de l'Avant-projet suisse, qui exige dans tous les cas pour le *de cuius* la capacité de disposer et de contracter.

85. Quant à l'autre partie, héritier renonçant ou institué contractuel, presque toutes les législations admettent que l'incapable peut se faire représenter par son tuteur ou autoriser par l'autorité tutélaire, ainsi les Codes de *Zurich*, *Saxe*, *Autriche*, etc. Le *Code civil allemand* distingue entre l'institué ou légataire contractuel et l'héritier renonçant, pour les premiers il renvoie tacitement aux règles générales des contrats, pour le second il exige l'approbation du tribunal des tutelles :

Art. 2347, al. 1. — *Pour le désistement à succession lorsque le désistant est sous tutelle, il faut l'approbation du tribunal des tutelles; s'il est sous puissance paternelle, il en est de même à moins que le contrat ne soit conclu entre époux ou fiancés.*

L'Avant-projet suisse fait une distinction analogue à l'article suivant :

Art. 484, al. 3. — *Le pacte peut être conclu par le représentant légal de l'autre partie lorsque celle-ci est en état d'incapacité; il devra cependant, pour sa validité, être approuvé par l'autorité tutélaire si l'incapable y a renoncé à des droits ou assumé des obligations.*

Ainsi que le constatent les motifs de l'Avant-projet, cet article suit donc à peu près le système du Code fédéral des Obligations, avec cette différence que le consentement du représentant légal doit, en outre, être approuvé par l'autorité tutélaire, et que ce consentement est indispensable, même si ce contrat a uniquement pour but de conférer des droits à l'incapable, ou de le libérer d'une obligation (comp. art. 30 al. 2., C. O.).

86. Enfin, nous avons laissé de côté jusqu'à présent la question des formalités nécessaires pour la femme mariée en cas de pacte successoral entre époux. La plupart des législations édictent à ce sujet des règles spéciales.

A Zurich, d'après l'art. 600 la femme mariée qui veut contracter doit avoir une autorisation spéciale. En dérogation à cette règle la femme peut librement faire un pacte successoral avec son mari. Dans le *Code autrichien* même disposition. Le *Code civil allemand* distingue encore entre l'institution contractuelle et le pacte de renonciation :

Art. 2275 al. 2. — *Un époux peut conclure comme disposant un pacte successoral avec son conjoint même lorsque la capacité de contracter est restreinte. Il a besoin dans ce cas de l'assentiment de son représentant légal ; si celui-ci est un tuteur, il faut aussi l'approbation du tribunal des tutelles.*

Ces dispositions s'appliquent aussi aux fiancés. Pour le pacte de renonciation conclu entre époux, d'après l'art. 2347 déjà vu, l'approbation du tribunal des tutelles n'est exigé que pour l'époux renonçant et lorsqu'il est sous une autre tutelle que la puissance paternelle. En outre d'après l'art. 1406, al. 1 de ce code, la femme mariée n'a pas besoin de l'assentiment de son mari pour renoncer à sa réserve. D'ailleurs, d'après le Code allemand le régime légal n'a aucune influence sur la capacité de contracter de la femme. Il n'y a que le droit de disposer de ses apports et non de ses biens réservés, qui soit restreint par les art. 1395 à 1407.

L'*Avant-projet suisse* ne fait par contre aucune mention spéciale du pacte successoral entre époux au point de vue de la capacité ; il nous semble que ce silence peut donner lieu à des difficultés et qu'il serait bon de prévoir spécialement la capacité de la femme mariée dans ce cas.

§ 3. — FORME DU PACTE SUCCESSORAL

SOMMAIRE : 87. Opinion de la doctrine. — 88. Dans les législations.

87. Nous ne dirons rien de la grande controverse qui divise les auteurs allemands sur la question de savoir si le droit commun de l'Allemagne exige une forme quelconque pour le pacte successoral en l'absence de disposition

légale. Cette controverse est sans aucun intérêt pour nous et d'ailleurs même ceux qui soutiennent l'absence de toute forme déclarent cette règle très regrettable. « S'il s'agit, dit Beseler, de disposition légale à édicter ou de conclusion pratique à prendre, on peut proposer comme conforme au but du pacte successoral, soit la forme écrite, soit même la forme judiciaire. En tous cas, la simple forme verbale devant témoins semble absolument impropre pour un rapport de droit irrévocable. » Avant Beseler, Hasse avait qualifié de monstrueux (*monströs*) le fait qu'une institution d'héritier révocable ne peut être faite qu'en observant exactement les formes prescrites par la loi, tandis qu'une institution d'héritier irrévocable pourrait être absolument informe.

Hartmann et Bluntschli demandent également au moins la forme testamentaire.

« Tous les motifs qui parlent en faveur d'une forme soignée et sûre pour les testaments, dit Buntschli, sont également valables pour les pactes successoraux, et même avec d'autant plus de raison que ces derniers sont irrévocables ».

88. Les législations modernes exigent en effet presque toutes soit la forme prescrite pour le testament soit même une forme spéciale plus rigoureuse ; quelques-unes distinguent à ce sujet entre l'institution contractuelle et le pacte de renonciation.

Le *Landrecht prussien*, I, 12 §§ 621 et 622, exige un acte fait en justice ou remis au juge par les deux parties, pour les pactes successoraux conclus entre parents et enfants, ou entre époux. Le *Code autrichien*, art. 1249, prescrit la forme du testament écrit, le *Code saxon*, art. 2546 et le *Landrecht bavarois*, III, 41 § 1, 10, la passation en justice

ou la forme du testament judiciaire. Les Codes autrichien, art. 551, et saxon, art. 2560, ne prescrivent cependant aucune forme spéciale pour le pacte de renonciation : le Code saxon renvoie aux règles générales des contrats et dispose expressément que la forme du contrat d'institution d'héritier n'est pas exigible.

Le *Code civil allemand*, art. 2276, exige également pour le contrat d'institution d'héritier et le legs contractuel soit la forme du testament judiciaire passé en présence des deux parties devant le juge assisté d'un greffier ou de deux témoins, soit celle du testament notarié passé devant un notaire et deux témoins ou devant deux notaires avec les formalités accessoires suivantes : il est dressé procès-verbal de la passation, puis l'original est clos, scellé et déposé « en garde officielle spéciale » sauf convention contraire des parties. Si le pacte est compris dans un contrat de mariage, la forme de ce dernier est seule à observer (article 2277).

Le pacte de renonciation doit être seulement « acté en justice ou par notaire » (art. 2348).

A *Zurich*, art. 1054 à 1058, les pactes successoraux peuvent être faits par un simple acte notarié, sans que la présence d'un témoin soit nécessaire. Pour les pactes de succession réciproques, il suffit de la forme ordinaire des testaments, soit celle du testament olographe et dans ce cas l'original doit être confié à la garde d'un notaire, soit celle du testament par acte public, les deux parties devant alors se présenter ensemble devant le notaire et signer toutes deux l'original.

Dans les autres cantons (*Schaffhouse*, C. civ., art. 1981 à 1984, *Zoug*, art. 331, *Grisons*, art. 516 al. 3 et 4) il suffit également de l'une quelconque des formes testamentaires

organisées par la loi. La *loi succ. de Thurgovie*, art. 111 al. 1, exige en outre le concours d'un officier de l'état-civil. Celle de *Saint-Gall*, art. 124, prescrit la passation de l'acte devant le *Bezirkamman*, Président de district, qui en dresse procès-verbal.

Enfin, d'après l'art. 486 de l'*Avant-projet suisse*, la forme des pactes successoraux est celle prévue à l'art. 457 pour le testament par acte public, c'est-à-dire fait devant un notaire assisté de deux témoins, avec diverses formalités. L'autre partie doit déclarer sa volonté au notaire et signer l'acte en même temps que le *de cujus*.

Ainsi doctrine et législation sont d'accord pour demander au moins la forme testamentaire écrite. Cependant la forme du testament olographe ne nous paraît pas suffisante; en raison de la nature contractuelle des pactes successoraux et de leur irrévocabilité il faut une forme plus solennelle. On ne peut cependant exiger une forme extraordinaire comme l'homologation d'un tribunal ou le concours d'un magistrat spécial, car il est évident que si l'on multipliait les formalités nécessaires, les pactes deviendraient plus onéreux et les causes de nullités n'en seraient que plus fréquentes; ce que l'on gagnerait peut-être d'un côté, on risquerait ainsi de le perdre de l'autre. C'est pourquoi nous croyons qu'il suffira d'exiger soit la forme du testament par acte public, ainsi que l'organise le projet de Code civil suisse, soit même la forme de l'acte notarié pur et simple, selon les règles générales établies pour la passation des autres contrats devant notaire. Une distinction quelconque entre le pacte de renonciation et les autres pactes successoraux au point de vue de la forme est en tous cas inutile.

§ 4. — EXTINCTION DU PACTE SUCCESSORAL

SOMMAIRE : 89. A. *Consentement mutuel des parties* ; forme de cette extinction. — 90-92. B. *Résiliation unilatérale* : 90. a) Cas d'une réserve faite par l'une des parties ; 91. b) Cas d'existence d'un motif d'exhérédation ; 92. c) Cas d'extinction ou de non-exécution d'une contre-prestation promise. — 93. C. *Mort de l'institué ou du légataire contractuel*. — 94. D. *Divorce ou nullité du mariage*.

A. *Consentement mutuel des parties*.

89. C'est le *contrarius consensus* des Romains, cause d'extinction commune à tous les contrats. La seule question particulière à cette cause d'extinction et controversée est celle de la forme à observer. La plupart des Codes exigent au moins la forme prescrite pour la conclusion du pacte, ainsi *St-Gall*, art. 121, *Grisons*, art. 516, al. 5, *Zoug*, art. 332, *Thurgovie*, art. 105 (avec la même formalité relative à la présence d'un officier de l'état-civil), *Schaffhouse*, art. 1994. Le Code de *Zurich* fait la même distinction que pour la conclusion, entre les pactes de succession réciproques, qui peuvent être infirmés comme un testament avec le concours des deux parties (art. 1073), et les autres pactes successoraux qui ne peuvent être révoqués que par acte notarié (art. 1076).

Le Code civil allemand distingue entre le pacte de renonciation et les autres pactes successoraux. Pour le premier, sont exigibles la forme et la capacité nécessaires pour la passation (art. 2351). Quant à l'institution et aux legs contractuels, il admet les deux formes de révocation suivantes :

a) *Par contrat.*

Art. 2290. *Le pacte successoral, de même que la disposition contractuelle unilatérale, peut être révoqué par contrat, par les personnes qui ont conclu le pacte. Après le décès de l'une de ces personnes, la révocation ne peut plus avoir lieu.*

Le disposant ne peut conclure le contrat qu'en personne. S'il n'a qu'une capacité de contracter restreinte, il n'a pas besoin de l'assentiment de son représentant légal.

Si l'autre contractant est sous tutelle, il faut l'approbation du tribunal des tutelles. Il en est de même s'il est sous puissance paternelle à moins que le contrat ne soit conclu entre époux ou entre fiancés.

Le contrat doit être revêtu de la forme prescrite à l'art. 2276 pour le pacte successoral.

b) *Par testament.*

Art. 2291. *Le pacte successoral qui a pour objet un legs ou une charge peut être révoqué par testament par le disposant. Pour l'efficacité de la révocation il faut l'assentiment de l'autre contractant ; sont applicables les dispositions de l'art. 2299, al. 3.*

La déclaration d'assentiment doit être actée en justice ou par notaire ; l'assentiment est irrévocable.

Le traducteur du Code remarque à ce sujet qu'il ne faut pas pour cette révocation la présence simultanée des deux parties, et le disposant peut faire son testament en forme olographe ou d'après l'une des autres formes réglées par le Code. C'est probablement le seul avantage

de cette disposition qui nous paraît être au contraire une complication bien inutile.

Enfin, d'après l'article 2292, le pacte successoral conclu entre époux peut aussi être révoqué par un testament commun des époux.

Les dispositions des articles 2290 et 2351 du Code civil allemand semblent justifiées par le fait que le contrat de révocation étant, suivant les circonstances, aussi important que le pacte lui-même, il faut exiger une forme solennelle et en tous cas au moins la même que celle prescrite pour la conclusion. Le Code allemand modifie en outre dans l'article 2290 les conditions de la capacité des parties, parce que la position de ces parties a changé. Le *de cujus* bénéficiant du contrat peut se passer de l'assentiment de son représentant légal, au cas où sa capacité serait restreinte. Pour l'institué au contraire, le contrat de révocation ayant l'importance d'un pacte de renonciation, il lui faudra, s'il est incapable, non seulement le consentement de son tuteur, mais aussi l'approbation du tribunal des tutelles.

L'*Avant-projet de Code civil suisse* n'exige par contre que la forme écrite pour cette révocation.

« *Le pacte successoral, dit l'article 487, al. 1, peut être résilié en tout temps, sur déclaration écrite des deux parties.* »

« Quant à la résiliation du pacte successoral, lit-on à ce sujet dans les motifs de l'*Avant-projet* (p. 163), nous avons prévu la même liberté de forme que l'article 140 du Code des Obligations. Car, bien que l'on ait soulevé contre ce système des objections pratiques importantes, nous ne pouvions nous décider à soumettre cette résilia-

tion à la forme notariée et nous avons prescrit à l'article 487 la simple forme écrite. »

En effet, si l'absence de formalités solennelles pour cette résiliation peut paraître dangereuse à certains égards, elle aura cependant l'avantage de rendre cette résiliation plus facile, et par conséquent, de remédier un peu à cette irrévocabilité du pacte successoral, l'un des arguments de ses adversaires. On pourrait toutefois demander pour la résiliation la même capacité que pour la conclusion, afin de protéger davantage que par les dispositions de l'article 30 du Code des Obligations la partie qui renonce à des droits dans le contrat de résiliation, en la mettant au bénéfice de l'article 484, al. 2.

B. *Résiliation unilatérale.*

Cette résiliation peut résulter des différentes causes suivantes :

a) *Cas d'une réserve faite dans le pacte par l'une des parties.*

90. Les projets de Codes rédigés pour le Wurtemberg et le Duché de Hesse n'autorisaient pas la réserve du droit de résilier le contrat, mais la plupart des législations modernes l'ont admises soit tacitement soit expressément comme le *Landrecht prussien* et le *Code saxon*. Le *Code civil allemand* ne mentionne cette réserve qu'à propos de l'institution et du legs contractuels.

Art. 2293. — *Le disposant peut résilier le pacte successoral lorsqu'il s'en est réservé le droit dans le contrat.*

Art. 2296. — *La résiliation ne peut se faire par*

représentant. Si le disposant n'a qu'une capacité de contracter restreinte, il n'a pas besoin de l'assentiment de son représentant légal.

La résiliation se fait par déclaration adressée à l'autre contractant. Cette déclaration doit être actée en justice ou par notaire.

Art. 2297. — Lorsque le disposant a le droit de résilier la disposition contractuelle, il peut la révoquer par testament, après le décès de l'autre contractant, etc.

L'*Avant-projet de Code civil suisse* ne parle pas de cette réserve et renvoie par conséquent tacitement aux règles générales des contrats. Comme il pourrait en effet paraître inutile de mentionner spécialement la réserve du droit de résilier un pacte successoral, les motifs du Code civil allemand justifient cette mention à peu près en ces termes :

Quoique, sauf défense expresse, la réserve unilatérale du droit de résilier le pacte soit parfaitement licite, il est prudent de l'autoriser spécialement parce que, dans le silence de la loi, il pourrait naître un doute sur la question de savoir si l'institution contractuelle, faite sous cette réserve, ne prendrait pas le caractère d'un testament et ne serait pas soumise par conséquent, aux prescriptions légales concernant les dispositions testamentaires. Or le Code n'a justement pas voulu cette transformation en testament, puisqu'il remplace le testament réciproque des époux, par une institution contractuelle réciproque, avec réserve du droit de résiliation ⁽¹⁾. Comme seule, la rési-

(1) En effet, d'après les articles 1271 et 1272, le testament commun de deux époux, fait devant un juge ou devant un notaire,

liation du *de cuius* est importante, le Code ne contient des prescriptions qu'à l'égard de celle-ci. L'article 2296 exige donc que cette résiliation soit déclarée à l'autre partie, parce qu'une convention en vertu de laquelle la résiliation n'aurait pas besoin d'être déclarée, pourrait à peine être autorisée et deviendrait en tous cas une simple disposition testamentaire. Enfin cette déclaration doit être formelle pour la garantie de l'autre partie et à cause des conséquences souvent importantes de la résiliation ; une forme spéciale n'est cependant pas nécessaire, car il s'agit ici d'une déclaration communiquée à l'autre partie et ayant pour effet d'éteindre le pacte en vertu d'une cause d'extinction prévue lors de la conclusion du contrat.

Sans admettre la nécessité absolue de toutes les prescriptions du Code civil allemand, on pourrait cependant reprocher à l'Avant-projet suisse de ne pas prévoir ou exiger pour cette déclaration de résiliation une forme solennelle quelconque, afin d'en garantir l'authenticité.

b) Cas d'existence d'un motif d'exhérédation.

91. On a prétendu quelquefois que l'institution contractuelle pouvait être révoquée par l'instituant pour cause d'ingratitude de l'institué. Mais c'est une erreur qui repose sur une fausse assimilation du pacte successoral et de la donation. Le Code civil de *Zurich* admet cependant à l'art. 1075 la résiliation unilatérale d'un legs contrac-

ne peut être retiré que par les deux parties ; en outre, un époux ne peut du vivant de l'autre, révoquer unilatéralement sa disposition par une nouvelle disposition de dernière volonté ; lorsque les dispositions des époux ont un caractère de réciprocité la résiliation unilatérale doit avoir lieu selon les règles de l'article 2296.

tuel à titre gratuit pour cause d'ingratitude du bénéficiaire et pour cause de survenance d'enfant. ⁽¹⁾

Par contre, on admet généralement aujourd'hui que le contrat d'institution d'héritier et le legs contractuel peuvent être révoqués unilatéralement pour les motifs qui permettraient au *de cuius* de déshériter un réservataire. ⁽²⁾ Cette cause est prévue par le *Code civil allemand*, ainsi que par l'*Avant-projet suisse* :

Code civil allemand, art. 2294. Le disposant peut résilier une disposition contractuelle lorsque le gratifié se rend coupable d'un manquement qui autoriserait le disposant à lui enlever la réserve (art. 2333 à 2335) ou qui, lorsque le gratifié ne fait pas partie des réservataires, permettrait de lui enlever la réserve, si le gratifié était un descendant du disposant.

Avant-projet, art. 487, al. 2. Le disposant peut dénoncer le pacte unilatéralement lorsque l'héritier institué ou la personne avantagée se rend coupable envers lui d'un acte constituant une cause d'exhérédation. (art. 432) ⁽³⁾

⁽¹⁾ V. p. 25. On appliquait fréquemment au Moyen-Age la règle que les pactes successoraux entre époux devenaient caducs par survenance d'enfant. (V. STOBBE, t. V, p. 193, n. 60, p. 164, n. 61 et p. 294). Mais ce ne peut être un motif d'extinction, car il ne s'agit que de la naissance d'un héritier réservataire qui pourra toujours faire valoir ses droits à la réserve.

⁽²⁾ Cette cause d'extinction était déjà connue au Moyen-Age, v. p. 23. Nous verrons encore plus loin une autre assimilation de l'héritier contractuel à l'héritier réservataire.

⁽³⁾ Art. 432. *L'exhérédation est admise sans égards aux restrictions apportées à la faculté de disposer : envers l'héritier qui a commis un délit grave contre la personne du testateur ou de l'un des proches de celui-ci ; envers l'héritier qui a gravement et de*

De même que pour les cas suivants, l'art. 2296 du Code civil allemand est applicable, et la déclaration de résiliation doit être actée en justice ou par notaire. L'Avant-projet suisse renvoie encore aux règles générales des contrats ; il parle bien d'une dénonciation unilatérale du pacte, mais n'en indique pas la forme. Il eût été bon cependant de prévoir une dénonciation formelle, sans toutefois choisir une forme aussi rigoureuse que le Code civil allemand.

c) Cas d'extinction ou de non-exécution d'une contre-prestation promise.

92. *Le Code civil allemand* en mentionnant ce cas n'a eu en vue que l'extinction d'une contre-prestation périodique, quelle qu'en soit la cause :

Art. 2295. Le disposant peut résilier la disposition contractuelle lorsqu'elle a été faite en vue de l'obligation assumée conventionnellement par le bénéficiaire de fournir au disposant, pour la durée de sa vie, des prestations périodiques, spécialement de lui fournir des aliments, et que cette obligation s'éteint avant la mort du disposant.

L'Avant-projet suisse prévoit au contraire le cas ordinaire de la demeure du débiteur par analogie avec les art. 122 et suivants du Code des Obligations :

Art. 487, al. 3. La partie à laquelle le pacte confère le droit de réclamer des prestations entre vifs, peut le

propos délibéré failli à ses devoirs de famille ; envers l'héritier qui par violence, menace ou dol, a induit le testateur soit à faire, soit à révoquer son testament, ou qui l'a empêché de procéder à ces actes.

résilier comme tout autre contrat synallagmatique si le disposant est en demeure ou ne fournit pas des sûretés.

Cette analogie avec les dispositions du Code des Obligations, disent les motifs de l'Avant-projet, ne peut être permise que dans les cas où l'une des parties doit faire une prestation entre vifs à l'autre, soit le cas d'une contre-prestation du *de cujus* contre une renonciation de son héritier présomptif, soit une contre-prestation de l'héritier ou du légataire contractuel contre l'institution d'héritier ou le legs.

Nous avons vu que même en cas de contre-prestation le pacte successoral ne peut être assimilé à un contrat synallagmatique, comme semble le faire l'Avant-projet. Cependant il est bon de prévoir la possibilité de résilier unilatéralement le contrat au cas où la partie qui s'est obligée à une contre-prestation ne satisferait pas à ses engagements. Car il y a en tous cas contrat à titre onéreux, chacun des deux contractants s'étant dépouillé de quelque chose en faveur de l'autre. Ainsi, sans avoir, il est vrai, contracté une obligation, l'instituant s'est privé en vertu d'un lien de droit, de sa faculté de tester, de même que le renonçant a abandonné ses droits éventuels à la succession ; il est juste par conséquent que tous deux soient protégés contre le non-accomplissement de l'obligation contractée par l'autre partie.

C. Mort de l'institué ou du légataire contractuels.

93. Doctrine et législation sont d'accord sur ce point : les effets de l'institution contractuelle ne se transmettent pas aux héritiers de l'institué, si celui-ci meurt avant l'instituant. N'ayant acquis aucun droit actuel et immédiat

en vertu du contrat, il ne peut rien transmettre, il ne possède qu'une expectative fondée sur une qualité juridique qui s'éteint avec lui. Le Code civil français qui admet que sauf convention contraire, l'institution contractuelle est présumée faite en faveur des enfants de l'institué, est parfaitement logique, puisque l'acte décrit aux art. 1082 et suivants, n'est qu'une donation entre vifs de nature spéciale, faite en vue seulement du mariage et caduque s'il ne s'ensuit pas.

La plupart des législations prononcent expressément cette extinction de l'institution contractuelle en cas de prédécès de l'institué ou du légataire.

Code civ. Zurich. Art. 1063. S'il meurt avant le disposant, le pacte successoral est à considérer comme ayant manqué son but; à moins de stipulations contraires dans le contrat même, ses héritiers n'ont aucun droit à l'expectative héréditaire que ce contrat lui assurait.

Même disposition dans les Codes de *Schaffhouse*, des *Grisons*, de *Zoug*, etc. Enfin l'*Avant-projet suisse* prévoit également ce cas :

Art. 493, al. 2 et 3. Le pacte est résilié en cas de prédécès de l'héritier. Les héritiers de l'institué prédécédé peuvent se faire rendre par le disposant la valeur de son enrichissement au jour du décès.

Cette dernière prescription n'est que la conséquence de la nature mixte du pacte successoral dans lequel une contre-prestation entre vifs a été stipulée.

(¹) Pour l'extinction du pacte de renonciation en cas de prédécès de l'héritier renonçant, voir au chap. V, § 2, n° 113, la controverse relative à ce sujet.

D. *Divorce ou nullité du mariage.*

94. Il est évident que le pacte successoral fait en vue de la conclusion du mariage, devient caduc si le mariage ne s'ensuit pas. En outre les pactes successoraux conclus entre époux doivent s'éteindre si le mariage est dissout pour un motif quelconque. La plupart des législations prévoient cette cause d'extinction : Ainsi le *Code autrichien*, art. 1265 et 1266, le *Code saxon*, art. 2557 et 1706, le *Code bernois*, art. 904, et le *Code de Zurich*, art. 2135. (V. également Stobbe, t. V, p. 296, notes 58 et 59).

CHAPITRE III

Des différentes espèces du pacte successoral.

SOMMAIRE : 95. Division des pactes successoraux d'après leur but et leur contenu. — 96. Division des contrats sur succession future d'après leur influence sur la délation.

95. En même temps qu'ils discutaient et recherchaient la nature des pactes successoraux, les juristes allemands s'occupaient de les diviser en espèces et en groupes. Toutes ces classifications relatées par Beseler et d'autres auteurs, n'ont plus qu'une importance historique, et nous ne les mentionnerons que pour en montrer la parfaite inutilité.

Le système le plus généralement adopté par l'ancienne théorie était le suivant :

On distinguait d'abord les *Pacta hereditaria affirmativa* et les *Pacta hereditaria negativa*, suivant qu'il était attribué un droit successoral dans le pacte, ou que l'un des contractants y renonçait au contraire à ce droit.

Les pactes affirmatifs étaient eux-mêmes divisés en :

1) *Pactum hered. conservativum*, contrat par lequel une personne cherche à s'assurer un droit de succession qui ne lui appartient qu'éventuellement et sauf testament contraire.

2) *P. her. acquisitivum*, contrat par lequel le *de cujus*

confère la qualité d'héritier ou de légataire à un tiers qui ne la possède pas encore.

3) *P. her. dispositivum*, expression employée dans la règle pour les cas où le *de cujus* s'engage à laisser sa succession à un tiers et non à l'autre contractant.

4) *P. her. restitutivum*, contrat par lequel l'institué reçoit la succession à condition de la laisser lui-même à un tiers désigné dans le contrat. C'est le fidéicommiss universel par contrat, de Hasse.

Par rapport à leur contenu les pactes affirmatifs étaient encore divisés en :

a) *Pactum successorium universale* (*Beerbungsvertrag* ou pacte d'hérédité, *Erbeinsetzungsvertrag* ou institution contractuelle), pacte successoral dans lequel l'héritier est institué pour l'universalité ou une quote-part de la succession.

b) *P. succ. singulare* (*Vermächtnissvertrag* ou legs contractuel), pacte successoral ayant pour objet une *res singularis*, soit un ou plusieurs objets déterminés de la succession.

Enfin on peut encore distinguer les *pactes successoraux réciproques*, dans lesquels deux personnes, le plus souvent deux époux, se font des dispositions réciproques, et les *pactes unilatéraux* dans lesquels une seule partie est instituée.

En examinant toutes ces espèces on s'aperçoit qu'elles contiennent des différences plutôt apparentes que réelles et qu'il suffit de réunir tous les pactes dits affirmatifs en un seul groupe, pour les opposer au pacte de renonciation qui doit produire un effet contraire, car, qu'ils aient pour but de conserver, acquérir ou faire perdre un droit de succession, ils n'en restent pas moins soumis aux mêmes

règles générales. Il suffira donc de mentionner ensuite les quelques règles spéciales qui peuvent être relatives à l'institution contractuelle, au legs contractuel ou aux pactes réciproques, ainsi qu'aux pactes de renonciation, en dérogation aux règles générales des pactes successoraux. C'est le système adopté aujourd'hui par la majorité des auteurs et par la plupart des législations qui consacrent un titre spécial aux pactes successoraux. Cependant le Code civil allemand réunit l'institution d'héritier et le legs contractuels sous le nom de pacte successoral, *Erbvertrag*, dans un chapitre qui fait suite à celui du testament, tandis qu'il donne au pacte de renonciation une place à part, parmi les incapacités de succéder. Le système de l'Avant-projet suisse est plus simple, le chapitre consacré aux pactes successoraux contient d'abord des dispositions générales applicables à tous les pactes sans distinction, puis celles relatives à l'institution et au legs contractuels, enfin celles applicables seulement aux pactes de renonciation.

96. Quelques auteurs modernes, comme Walter, voudraient cependant grouper tous les pactes sur succession future, et les diviser en :

1) *Pactes successoraux proprement dits* (*Eigentliche Erbverträge* ou *Erbschaftsverträge*), pactes ayant une influence directe sur la délation de la succession et se subdivisant en : a) *Dispositive Erbschafts-Verträge*, b) *Restitutive Erb.-V.*, c) *Renuntiative Erb.-V.*

2) *Pactes successoraux improprement dits* (*Uneigentliche Erbverträge*), contrats ayant pour but de régler le sort des biens héréditaires après l'ouverture de la succession et produisant les mêmes effets que les contrats ordinaires du droit des obligations. Ce sont par consé-

quent tous les contrats que nous faisons rentrer dans les pactes sur la succession d'un tiers vivant. A l'appui de son système, Walter prétend que les divisions de Beseler et de Hasse, fondées sur la participation du *de cujus* au contrat, sont incomplètes et incorrectes. D'après lui, il ne suffit pas de distinguer entre les pactes sur la succession future d'un contractant, appartenant au droit successoral, et les pactes sur la succession future d'un tiers vivant, appartenant au droit des obligations, parce qu'il peut aussi y avoir des contrats conclus sur la succession future d'un contractant appartenant cependant au droit des obligations et non pas au droit des successions. Or il est facile de répondre à Walter qu'en effet, tous les contrats conclus sur la succession d'un contractant ne sont pas des pactes successoraux, mais que, par contre, tous les pactes successoraux doivent être conclus avec celui de la succession duquel il s'agit. Il serait par conséquent facile de distinguer les cas très rares de contrats relatifs à la succession de l'un des contractants et produisant des effets du droit des obligations, afin de les séparer des contrats dont la nature et l'objet sont conformes à la définition que nous avons donnée des pactes successoraux. D'ailleurs cette théorie est fausse, car il ne peut y avoir des pactes successoraux improprement dits, il ne peut y avoir que des pactes sur succession future, dont l'objet et les effets se rapprochent des pactes successoraux, et qui pour ce fait sont placés par certaines législations dans le droit des successions à la suite des pactes successoraux. C'est ce que fait par exemple le *Code de Zurich* qui, à la fin du droit des successions et après avoir parlé des pactes successoraux, traite des pactes relatifs à la succession d'un tiers. Le premier chapitre de cette section est consacré au

« Rachat entre cohéritiers soit de leurs droits éventuels à une succession future, soit de leurs droits à une succession échue » ; le deuxième chapitre traite « Des autres contrats relatifs à l'hérédité d'un tiers », qui aux termes de l'article 1082 « relèvent en général, non du droit de succession, mais du droit des obligations ». « L'acquisition d'une semblable hérédité, dit encore l'article 1083, est régie par les dispositions sur la cession des créances ». La place de cette section, absolument distincte des pactes successoraux, dans le droit de succession, n'a donc pour but que de donner à ces contrats sur l'hérédité d'un tiers, des règles spéciales et plus en rapport avec leur objet que les prescriptions générales des contrats, mais elle n'a absolument pas pour résultat de faire rentrer ces contrats dans la catégorie des pactes successoraux.

L'*Avant-projet de Code civil suisse* semble faire à ce sujet une confusion, car dans le Titre III, qui porte la rubrique générale : « Des pactes successoraux », il traite sous la lettre *D* : « Des contrats des héritiers entre eux et avec des tiers », soit pour interdire à l'article 499, ceux conclus sur une succession non ouverte, soit pour prescrire à l'article 500 :

« Sont réputées conventions de partage, quant à leur contenu, celles passées entre héritiers au sujet d'une succession ouverte.

« Celles faites entre l'un des héritiers et un tiers ne confèrent pas à ce dernier le droit d'intervenir au partage, mais seulement celui de réclamer le lot échu à son co-contractant. »

Ainsi, pratiquement cette confusion n'a pas grande importance puisque d'un côté le projet prohibe les contrats relatifs à l'hérédité d'un tiers vivant, tandis qu'il renvoie

pour ceux sur une succession ouverte, soit aux règles du partage, soit aux règles générales des contrats. Mais théoriquement, par la place même qu'il a donnée à ces contrats, il paraît les comprendre parmi les pactes successoraux et nous avons vu que leur nature juridique est complètement différente de ces derniers.

Le Code civil allemand est plus juste à cet égard, il place l'article relatif au contrat sur la succession d'un tiers vivant, parmi les prescriptions générales concernant le contenu des contrats.

CHAPITRE IV

Le Contrat d'institution d'héritier et le Legs contractuel.

§ 1. — SYSTÈME DE LA DÉLATION CONTRACTUELLE

SOMMAIRE : 97. Erreur de la doctrine et de la législation françaises au sujet de la nature de l'institution contractuelle. — 98. Assimilation de l'institution contractuelle au testament et théorie de Hartmann.

La théorie que nous avons développée au sujet de la nature et de l'objet du pacte successoral, nous conduit donc à admettre un troisième mode de délation des successions, la délation contractuelle, parallèlement à la succession légitime et à la succession testamentaire. L'existence de ce mode contractuel de délation ayant été souvent contestée ou méconnue, surtout par la doctrine française, il nous faut avant d'aller plus loin examiner les motifs de ses adversaires.

97. Tandis qu'au Moyen-Age déjà les juristes allemands cherchent à construire une théorie spéciale pour les *pacta successoria*, fausse sans doute, mais distincte de celle du testament ou de la donation, les auteurs français hésitent de tout temps entre ces différents actes et discutent pour savoir dans quel genre on pourra bien classer l'institution

contractuelle. Les uns considèrent cette institution comme une donation entre vifs et lui attribuent les mêmes effets ⁽¹⁾ ; les autres les regardent comme une donation à cause de mort irrévocable ⁽²⁾ ; les autres comme un testament irrévocable également ⁽³⁾ ; d'autres, enfin, en font un contrat spécial dont la nature et les règles tiennent de tous ces genres de dispositions ⁽⁴⁾ : « C'est, dit Furgole, une manière de disposer ou une convention, que quelques auteurs ont appelée *amphibie*, qui constitue une classe à part et qui a ses règles particulières, qu'elle ne doit emprunter ni de la donation entre vifs, ni de la donation à cause de mort, ni du testament ». Ainsi que le fait remarquer Laferrière ⁽⁵⁾, la conclusion de Furgole est purement négative : « elle tend à dire que l'institution contractuelle est une convention amphibie, ce qui n'éclaircit pas beaucoup la question de nature et d'origine. » Malheureusement cet auteur lui-même se trompe en cherchant l'origine du contrat d'institution d'héritier dans la féodalité et en expliquant sa nature d'après les principes particuliers du droit féodal.

Kœnigswarter déclare que Furgole « quoique ayant

⁽¹⁾ MAYNARD, liv. VI, chap. 62 ; DUPERRIER, liv. II, quest. 16 ; POTHIER, *Intr. à la Cout. d'Orléans* ; LEBRUN, *Des Successions*, liv. III, chap. 2, n. 6, 7 et 33.

⁽²⁾ G. COQUILLE, *Sur Nivernais*, tit. XXVII, art. 12 ; RICARD, première partie, n. 1074 ; DE LAURIÈRE, chap. 2, n. 21 et suiv. — Ces citations, ainsi que les précédentes sont empruntées à BONNET, t. I, p. 313.

⁽³⁾ DANTY ; TROPLONG, *Traité des Don. et Test.*, t. IV, n. 2363. C'est également l'opinion de MERLIN, *Répert. Inst. Contrac.* page 202.

⁽⁴⁾ DOMAT, *Préf. au tit. des Succes.* ; FURGOLE, *Comment.*, art. 13, t. V, p. 400.

⁽⁵⁾ T. I, p. 151.

une fausse opinion sur l'origine, a cependant très bien défini la nature des institutions contractuelles. » Eschbach et lui, le premier surtout, critiquent d'ailleurs vivement la place donnée à ce contrat par les rédacteurs du Code civil français, qui l'ont classé parmi les donations, l'ont appelé du même nom et confondu sous la même rubrique. « L'essence d'un acte juridique ne change pas au gré du législateur, et les rédacteurs du Code n'ont pas pu faire que l'institution contractuelle fût une donation, pas plus qu'il n'a été en la puissance de l'empereur Justinien de faire par sa Novelle 87, que la donation à cause de mort fût un legs. » ⁽¹⁾

Bonnet trouve au contraire que cette critique n'est pas fondée. ⁽²⁾ « Rien de moins judicieux, en effet, dit-il, que de prétendre qu'il existe entre notre donation et l'ancienne institution contractuelle des différences aussi tranchées que celles qui s'apercevaient entre la *donatio mortis causa* et le legs... Toujours, au contraire, on s'est accordé à reconnaître un air de famille entre l'institution contractuelle et la donation, procédant l'une et l'autre de la commune intention des parties, produisant un droit immédiat, irrévocable, quoique pour l'une d'elles ce droit fût périssable ou susceptible de caducité. » L'institution contractuelle ne constitue cependant pas une donation entre vifs ou à cause de mort, ni un testament, puisque c'est un contrat, mais elle se rapproche de tous ces modes de disposition par des caractères que l'auteur énumère. Enfin Bonnet conclut que

⁽¹⁾ ESCHBACH, *Rev. de Législation*.

⁽²⁾ LAURENT, t. XV, p. 221, partage son opinion; « Il faut donc classer, dit-il, l'institution contractuelle soit parmi les testaments, soit parmi les donations. Le Code a tranché la difficulté en qualifiant de donation l'institution contractuelle. »

la donation de tout ou partie des biens que laissera le disposant au jour de son décès constitue aujourd'hui encore un mode de transmission mixte, amphibie, comme on dirait de l'institution contractuelle, et qui sans former une classe à part dans le Code Napoléon, n'en a pas moins ses règles particulières, servant de complément à celles plus générales de la donation entre vifs, dont elle n'est qu'une dégénérescence ; par cela même, les règles de la donation doivent servir à la régir en ce qu'elles peuvent avoir de compatible avec les caractères qui lui sont propres.

« La donation de biens à venir par contrat de mariage, de *don irrévocable de tout ou partie d'une succession* (de Laurière), et qu'aujourd'hui encore on pourrait en ne considérant que les objets qu'elle embrasse, également qualifier avec Danty, de *testament irrévocable*, est pourtant un contrat. Le droit est éloigné, périssable, susceptible de caducité, mais il est né. Ce droit, c'est celui de se porter héritier. Le droit est né, l'ouverture seule en reste suspendue : *dispositio statim ligat, nec suspenditur... sed executio habet tractum*. Les formes aussi sont celles du contrat. Ce contrat, nous l'avons dit, c'est la donation. Mais donation *sui generis* et placée par son éventualité à côté de l'hérédité légitime et testamentaire. »

Ainsi, pas plus que ses devanciers, Bonnet n'aboutit à aucune solution juste et acceptable ; sa conclusion même n'en est pas une et sa théorie entière repose sur une contradiction. Car il dit d'abord très justement que l'institution contractuelle n'est pas une donation, parce que c'est un contrat, mais quand il s'agit de définir ce contrat, il déclare que c'est une donation, donation *sui generis* ! Ce raisonnement fallacieux prouve à l'évidence l'erreur du Code civil français, qui a fait du contrat d'institution

d'héritier un acte classé parmi les donations, avec une nature mixte, amphibie disait Furgole, alors que cette convention est une espèce particulière de contrat, avec ses règles spéciales, et d'autres qu'il emprunte non pas à la donation, mais bien au testament, en tant que délation d'une succession, fondée également sur la volonté du *de cuius*.

Nous croyons avoir démontré de même, qu'il ne peut y avoir de droit acquis résultant de la conclusion d'un pacte successoral. Remarquons d'ailleurs le peu de logique que Bonnet prête aux rédacteurs du Code civil, à propos de la nature de ce « droit actuel. » Le Code prohibe, en effet, le pacte de renonciation, justement parce que le *droit de se porter héritier* n'existe pas avant l'ouverture de la succession et ne peut faire l'objet d'un contrat. ⁽¹⁾ Comment se fait-il alors que la loi permette de conférer par contrat un droit, auquel d'un autre côté elle défend de renoncer sous prétexte qu'il n'existe pas ? Ainsi la théorie de Bonnet n'a aucune base juridique et ne repose pas même sur l'esprit du Code civil.

98. Par contre l'assimilation du contrat d'institution d'héritier au testament ⁽²⁾ a donné lieu à une théorie vraiment originale qu'un auteur allemand Hartmann, a exposée dans sa monographie : « *Zur Lehre von den Erbverträgen* ».

Les effets de l'institution contractuelle étant en quelque sorte analogues à ceux du testament, Hartmann en conclut que ce pacte n'est qu'une forme testamentaire pure et

⁽¹⁾ V. pp. 86, 89 et 120.

⁽²⁾ Cette assimilation a eu du reste de nombreux partisans en Allemagne comme en France. PUFFENDORF avait déjà dit à ce sujet (obss. II, 173 § 2) : « *Neque aliud pacta successoria quam testamentum reciprocum irrevocabile intelliguntur* ».

simple (*rein positive Testamentsform*), ne constituant pas toutefois un acte unique, mais bien un pacte composé de deux parties absolument distinctes l'une de l'autre, quoique reliées en un tout organique. Ce seraient : 1^o *L'institution d'héritier*. 2^o *La renonciation contractuelle à révoquer cette institution*. Or chacun de ces deux actes serait régi par ses propres règles, le premier par celles du testament, le second par celles du contrat. Ainsi pour Hartmann, il n'existe pas une succession contractuelle indépendante formant un troisième mode de délation à côté des successions légitime et testamentaire : le pacte d'institution d'héritier n'est qu'un testament et appartient par conséquent à la succession testamentaire. En tant qu'acte juridique indépendant, la renonciation contractuelle à la révocation de l'institution prendra place, soit parmi les causes d'incapacité de tester, soit à côté des modes d'extinction du testament qui dépendent de la volonté du testateur, justement parce que cette renonciation a pour but d'empêcher leur effet.

Cette théorie a été adoptée par Ihering, Förster, Albrecht et Unger, qui définit comme suit l'*Erbvertrag* : « Un testament irrévocable par contrat se nomme pacte successoral ». Mais elle a été vivement combattue et réfutée par la plupart des juristes et n'a passé d'ailleurs dans aucune des législations modernes.

Le testament et le pacte successoral sont bien en effet deux cas d'un même genre, c'est-à-dire deux actes de dernière volonté, que l'on peut opposer à la succession légitime. Ce ne sont donc pas deux motifs différents de délation, mais bien deux formes différentes d'un même motif de délation : la volonté du *de cujus*, opposé au motif de la succession *ab intestat*, qui est la loi. Mais le testament

est un mode unilatéral de délation et par conséquent librement révocable au gré du *de cuius* ; le contrat d'institution d'héritier a pour effet au contraire une délation contractuelle fondée également sur la volonté du *de cuius*, mais irrévocable. De ce point de vue parfaitement juste, que testament et institution contractuelle ont pour base la volonté du disposant, Hartmann a tiré une conséquence complètement fausse. Car cette identité de causes ne justifie pas la décomposition du pacte successoral en deux actes distincts.

Comme le fait d'abord remarquer Windscheid, avec le raisonnement de Hartmann, on pourrait très bien et pour les mêmes raisons diviser la tradition ou un contrat quelconque du droit des obligations en deux actes semblables : 1^o *la déclaration unilatérale* que la partie adverse doit devenir propriétaire ou créancière ; 2^o *la renonciation contractuelle* à la révocation de cette déclaration, ce qui étendrait donc cette décomposition à tous les contrats sans exception. Et même l'institution d'héritier contenue dans un testament pourrait être également divisée en : 1^o institution d'héritier ; 2^o réserve de la liberté de tester. On pourrait nous objecter que cette réserve est inutile en raison même de la nature du testament, mais nous allons voir que la renonciation contractuelle dont parle Hartmann est tout aussi inutile pour la compréhension du contrat d'institution d'héritier, en présence de la nature contractuelle et irrévocable de ce pacte.

En effet, si la possibilité d'une révocation de l'institution d'héritier est définitivement perdue pour l'instituant, cela ne provient pas d'une renonciation contractuelle, mais bien de l'acceptation de l'institué. C'est justement cette acceptation qui, jointe à la promesse ou à l'ins-

titution contractuelle, forme le contrat et rend l'acte irrévocable. Pourquoi faire à ce sujet une différence entre le pacte successoral et les autres contrats? Pour cela, Hartmann s'appuie sur le fait qu'il n'est pas acquis un droit fixe et immédiat en vertu du pacte successoral. Sans doute ce pacte ne confère aucun pouvoir juridique sur un chose ou sur une personne, mais cependant par son acceptation même, l'institué atteint ce but que la position juridique qui lui est conférée ne peut plus lui être enlevée, et il obtient par ce fait justement autant de droit immédiat que cela est nécessaire pour la notion du contrat.

Le testament, par contre, doit être une déclaration de volonté, libre de toute influence étrangère, et le fait d'instituer un héritier est un acte complètement unilatéral. Pour ce motif déjà l'institution contractuelle ne peut être un testament, parce qu'elle repose sur l'accord de deux volontés qui se déclarent réciproquement. Car, de même que tout contrat est composé de la déclaration de volonté de celle des parties qui promet ou s'engage, et de la déclaration de l'autre qui accepte, le pacte successoral contient également d'une part l'attribution de la qualité d'héritier ou de légataire par le *de cujus*, de l'autre l'acceptation de cette qualité par le contractant. Et puisqu'il est indifférent pour la notion du contrat de savoir quel est le contenu de cette première déclaration, celle qui est acceptée par l'autre partie, pourquoi faire porter justement la différence du pacte successoral avec les autres contrats sur ce point, c'est-à-dire sur le contenu de l'institution d'héritier, en disant qu'elle ne confère pas un droit fixe et immédiat?

Ainsi nous soutenons au contraire que si le *de cujus* ne peut plus révoquer le pacte unilatéralement, cela résulte

uniquement de la nature contractuelle et du contenu de l'acte. Pour acquérir l'irrévocabilité de son testament, Hartmann est obligé d'avoir recours à une théorie fausse et compliquée. Cette irrévocabilité ne pouvant en effet résulter d'une simple promesse de ne pas révoquer, il en arrive à dire que le testateur abandonne, aliène ce droit de révocation. L'effet de cette aliénation serait alors, une limitation de la capacité juridique d'agir de l'instituant. Comme Hartmann sépare le côté positif de l'institution contractuelle, soit l'institution d'héritier elle-même pour en faire un acte distinct, il admet par conséquent un second acte ayant pour seul but et pour effet principal d'aliéner une partie de la capacité juridique d'un individu, ce qui est impossible. En outre cette théorie ne justifie absolument pas l'admission d'un testament irrévocable, puisque le testament est révocable dans son essence, et elle n'explique pas non plus sur quoi se fonde l'irrévocabilité d'une institution d'héritier dans un acte juridique. Or comme dans tous les contrats, le moment négatif relevé par Hartmann, cette impossibilité de la révocation résulte déjà au contraire de l'acceptation de l'institué, soit de la nature du contrat. En même temps que la déclaration de l'instituant et l'acceptation de l'institué, a lieu également le moment négatif, soit la renonciation à la révocation dont Hartmann veut faire un acte distinct ; cette aliénation coïncide par conséquent avec l'acceptation et tombe d'elle-même.

Le contrat d'institution d'héritier, comme le legs contractuel, ne forme qu'un seul et unique acte, un pacte successoral qui ne peut plus être décomposé en deux actes existant l'un à côté de l'autre. D'ailleurs, cette division ne serait possible que pour le contrat d'institution d'héritier

et pour le legs contractuel ; on ne pourrait l'étendre au pacte de renonciation qui a pourtant la même nature que les autres pactes successoraux. La théorie de Hartmann est par conséquent inacceptable, elle conduirait du reste à des conséquences pratiques souvent inacceptables. Il faudrait en tous cas comme le fait Hartmann dans son ouvrage, distinguer rigoureusement les deux actes qui composeraient le pacte, et admettre pour chacun des règles différentes au point de vue de la capacité des parties, de la nullité, de l'extinction, etc. (¹). Par contre en ce qui concerne les effets de l'institution d'héritier par contrat, la théorie de Hartmann a le mérite de les avoir mis en lumière ainsi que nous le verrons dans le chapitre suivant. Elle a relevé en outre le fait que l'institution contractuelle est une délation fondée comme le testament sur la volonté du *de cujus*, et qui s'oppose comme lui à la délation légitime fondée sur la loi. C'est pourquoi la division la plus logique est celle du Code de Zurich, qui oppose la succession légitime aux dispositions de dernière volonté et comprend dans celles-ci, d'une part les testaments, de l'autre les pactes successoraux, mais sans les confondre. La déclaration de volonté du futur *de cujus*, est en effet la même dans le pacte successoral que dans le testament, avec cette différence qu'elle reste unilatérale et par conséquent révocable dans le testament, tandis qu'elle est acceptée et devient irrévocable dans l'institution contractuelle. Nous pouvons donc définir l'institution contractuelle, le contrat par lequel l'un des contractants institue l'autre son héri-

(¹) Ainsi d'après HARTMANN la condition illicite ou immorale ajoutée à un pacte successoral est seule annulée. En outre le pacte successoral nul comme contrat peut avoir dans certains cas l'effet d'un testament. Voir à ce sujet, p. 135.

tier, le mot contrat indiquant suffisamment l'irrévocabilité de l'acte et l'acceptation de l'institué.

§ 2. — EFFETS DE L'INSTITUTION CONTRACTUELLE

SOMMAIRE : 99. Absence d'un droit immédiat en faveur de l'institué.

— 100. Droits de l'instituant sur ses biens après la conclusion du contrat. — 101-102. Droits de l'institué pour protéger son expectative du vivant de l'instituant; mesures conservatoires et provisionnelles; interdiction de l'instituant pour prodigalité. — 103. Droits de l'institué après la mort de l'instituant. — 104. Effets des dispositions au profit des tiers.

99. Nous avons dit déjà que certains auteurs, tout en reconnaissant avec la doctrine moderne la nature contractuelle et spéciale du pacte successoral, admettent cependant que l'institution contractuelle confère à l'institué un droit à effet immédiat, par échéance anticipée de la succession. C'est la théorie d'Eichhorn qui prétend que l'héritier contractuel acquiert dès la conclusion du contrat un droit à condition suspensive. L'effet du contrat ne serait donc que suspendu jusqu'à la mort du *de cujus*, mort qui deviendrait ainsi la condition de la transmission de la succession. Cette théorie, adoptée d'ailleurs par Glück, Mittemaier, Diek, etc., aurait pour conséquence de créer un droit successoral que l'héritier pourrait céder, aliéner ou transmettre à ses héritiers, conséquence incompatible avec la nature même de ce droit qui ne peut naître qu'au moment de la mort du *de cujus*, soit au moment de la délation. En outre, elle tendrait à conférer à l'institué certains droits immédiats pour garantir l'exécution du contrat. Nous avons vu au contraire que l'institution contractuelle ne crée qu'un motif de délation, tout

comme l'institution d'héritier testamentaire, ou la qualité subjective d'une personne que la loi appelle à la succession. Le pacte successoral pose en effet le germe d'un droit et n'assure à l'héritier qu'une expectative, une espérance d'un droit futur sur la succession ; or, il ne faut pas oublier qu'une expectative, même lorsqu'elle ne peut plus être détruite par la volonté unilatérale de l'instituant, n'est cependant jamais un droit, et qu'on ne peut par conséquent lui en attribuer les effets.

100. Enfin l'irrévocabilité même de l'institution contractuelle ne signifie pas autre chose, qu'il est enlevé à l'instituant, dans l'étendue du domaine de ce pacte, la faculté de disposer encore une fois unilatéralement de sa succession, au détriment de l'héritier contractuel, toute disposition testamentaire ou même contractuelle, contraire au pacte, étant nulle et de nul effet. La conséquence inévitable de ce système, admis par la majorité des auteurs, c'est que l'instituant reste cependant libre de disposer de ses biens entre vifs comme il l'entend, de les donner, de les aliéner ou de les grever de charges et d'hypothèques, sans que le futur héritier ait un droit ou une action quelconque pour l'empêcher. La succession sur laquelle celui-ci comptait, pourra même avoir été si bien réduite par les spéculations ou les donations de toutes sortes de l'instituant, qu'il ne lui restera finalement que des dettes. Cette situation peut être encore aggravée par la mauvaise foi ou la prodigalité de l'instituant, et la doctrine ainsi que la loi ont dû songer à réprimer les abus qui pouvaient se présenter en accordant à l'institué, autant que le permettait la nature du pacte successoral, des droits et actions que nous allons examiner. Nous laisserons de côté à ce sujet les prescriptions du Code civil français, qui en interdisant dans son

article 1083 au « donateur » de disposer à titre gratuit des objets compris dans la donation, méconnaît absolument le caractère successoral de l'institution contractuelle et en fait une simple donation entre vifs. Le *Landrecht prussien* contient une disposition à peu près semblable à celle du Code civil français. Mais les autres législations montrent au contraire la tendance de conserver à l'instituant la liberté pleine et entière de ses actes et la plupart énoncent le principe que l'instituant reste libre de disposer de ses biens entre vifs ou bien lui interdisent simplement des dispositions de dernière volonté contraires au pacte successoral. ⁽¹⁾ « La transcription même du pacte dans les registres publics, dit le *Code autrichien*, n'empêchera pas l'instituant de disposer à son gré de ses biens entre vifs. »

Le *Code saxon* prescrit qu'une renonciation de l'instituant au droit de disposer de sa fortune entre vifs, n'a de valeur juridique que sous des conditions très spéciales et en observant une forme particulière. (Art. 2548.)

Le principe de la liberté est énoncé dans le *Code civil allemand* de même que l'interdiction des dispositions à cause de mort.

Art. 2286. *Le pacte successoire ne restreint pas le droit du disposant de disposer de ses biens par acte entre vifs.*

⁽¹⁾ D'après le *Landrecht prussien*, I, 12, § 628 le *de cujus* peut encore disposer par testament de la vingtième partie de sa succession. D'après le *Code autrichien*, article 1253, le *de cujus* conserve le droit de disposer par acte de dernière volonté du quart de ses biens, sans pouvoir renoncer valablement à cette faculté. S'il n'en use pas, ce quart est transmis à ses héritiers légitimes. V. STOBBE, t. V, p. 291.

Art. 2289, al. 1. *Le pacte successoire révoque la disposition de dernière volonté antérieure du disposant, en tant que cette disposition porterait préjudice au bénéficiaire du contrat. Est sans effet dans la même mesure la disposition à cause de mort ultérieure, sans préjudice à la disposition de l'art. 2297.*

Le Code de Zurich ne mentionne que les dispositions de dernière volonté.

Art. 1068. *Celui qui a fait une institution d'héritier ou un legs contractuel perd le droit de supprimer ou de diminuer par d'autres dispositions de dernière volonté, les avantages qu'il avait assurés par le contrat à l'héritier ou au légataire contractuel.*

Le Code de Zoug contient une disposition semblable à l'art. 328, tandis que d'après l'art. 118 de la loi successorale de Saint-Gall : « Le droit de disposer entre vifs n'est restreint par le pacte successoral qu'autant que cela est stipulé expressément. »

Enfin nous avons déjà vu en partie les dispositions suivantes de l'Avant-projet suisse.

Art. 491. *Le contrat d'institution d'héritier oblige le disposant à laisser sa succession à l'autre partie ou à un tiers, en qualité d'héritier institué. ⁽¹⁾*

Le disposant conserve la libre disposition entre vifs de ses biens présents ; il ne peut en revanche faire des libéralités testamentaires en contradiction avec le pacte successoral.

(1) Nous avons critiqué ailleurs cette définition qui, du reste, n'a pas grande importance, v. p. 131, note 1, et p. 138.

Art. 492. *Si le disposant reçoit une contre-prestation, l'autre partie a la faculté de s'adresser au juge, pour se prémunir contre des dispositions entre vifs par lesquelles son cocontractant la menacerait de réduire sa succession à une valeur inférieure à celle de la contre-prestation.*

L'autre partie peut attaquer les donations entre vifs et, si elles sont exécutées, se faire restituer par les donataires, jusqu'à concurrence du montant reconnu par le juge; la valeur de ce dont ils sont encore enrichis.

L'action s'exercera, dans ce cas, en commençant par la dernière donation, et ainsi de suite en remontant des dernières aux plus anciennes.

101. Ainsi presque toutes les législations sont d'accord avec la doctrine pour ne pas restreindre le droit de disposer entre vifs, tout en reconnaissant que les actes mêmes entre vifs ne doivent pas nuire aux droits éventuels de l'institué. Quant aux droits que ces législations accordent à l'institué pour le protéger, il faut distinguer la période qui s'écoule avant la mort du *de cujus* depuis la conclusion du pacte et pendant laquelle, vu la nature aléatoire du contrat et l'absence de droit immédiat de l'institué, il ne peut lui être accordé une protection bien efficace. En ce qui concerne l'institution contractuelle pure et simple, nous trouvons peu de dispositions en faveur de l'institué. Seul le code de *Thurgovie* lui donne un droit qui semble incompatible avec la nature du pacte successoral. D'après l'art. 107 de ce Code, l'institué possède la faculté soit de faire rompre le contrat, soit de demander des sûretés en justice, lorsqu'il est lésé dans les droits qui lui sont réservés par le contrat ou que ces droits sont en danger.

Le *Code de Zurich* est moins précis à ce sujet. Il dispose en effet à l'art. 1069 :

L'héritier ou légataire contractuel jouit, pour protéger son droit, d'une action analogue à celle qui compete aux héritiers réservataires pour la sauvegarde de leurs intérêts.

Or d'après l'art. 980, l'héritier réservataire a le droit d'attaquer, *mais en général seulement après le décès du défunt*, les actes et dispositions entre vifs du *de cuius*, en tant qu'ils dissimulent l'intention d'éluder les règles sur la réserve et de priver l'héritier de la part que la loi lui garantit. Il faut donc pour être annulables que ces dispositions soient frauduleuses, et l'art. 982 énumère à ce sujet trois cas dans lesquels une donation est plus particulièrement réputée avoir été faite avec l'intention d'éluder les prescriptions sur la réserve.

Mais, ajoute l'art. 983, même dans ces cas, les plus proches héritiers ne peuvent du vivant du donateur, demander ni l'annulation de la donation, ni la restitution des objets donnés. Toutefois il leur est loisible de garantir leur droit par une notification au donataire ; et s'il y a de pressants motifs de considérer la donation comme inofficieuse et de craindre que les objets donnés ne soient détournés ou dissipés, ils peuvent en outre réclamer du juge telles mesures conservatoires qui paraîtraient convenables.

Ainsi cette dernière prescription permettant de demander au juge des mesures conservatoires en cas de donation faite dans l'intention de nuire aux droits éventuels de l'institué, est la seule mesure prise en sa faveur, du vivant

de l'instituant. L'assimilation de l'héritier contractuel à l'héritier réservataire part d'un point de vue assez juste, tous deux ayant une expectative garantie, l'un par la loi, l'autre par le contrat. Quant à ces mesures conservatoires en faveur d'une personne qui ne possède encore aucun droit acquis à les demander, on a cherché souvent à les justifier juridiquement.

Dans une thèse ⁽¹⁾ où il est parlé surtout des conséquences de la mauvaise foi du *de cuius* en cas de pacte successoral, l'auteur recommande l'emploi de ces mesures provisionnelles pour sauvegarder les intérêts de l'institué et s'appuie pour cela sur les articles 814 et suivants de la loi de procédure civile allemande. Abicht cite à ce sujet deux arrêts autorisant des mesures provisionnelles, afin de protéger un créancier qui ne possédait encore aucun titre exécutoire et ne pouvait pas encore, d'après la loi, intenter une action. Dans l'un de ces arrêts, il était même aussi incertain, ajoute cet auteur, de savoir si la créance deviendrait exécutoire, que de savoir si un héritier contractuel deviendra héritier. Il s'agissait en effet de l'action en nullité des actes du débiteur en vertu de la loi allemande du 21 juillet 1879, et le créancier ne possédait aucun titre lui permettant d'intenter une action, conformément à l'article 2 de cette loi. Le Tribunal de l'Empire a cependant conclu, pour fonder l'autorisation d'une mesure provisoire en se basant sur la loi elle-même, que le droit à l'action naissait justement avec la conclusion d'un acte nul en vertu de l'article 2, et que seule la possibilité de faire valoir ce droit en justice était empêchée par

⁽¹⁾ ABICHT, « *Ein Beitrag zur Lehre vom Erbvertrag* », pp. 30 à 32.

le défaut de titre exécutoire. Or on pourrait dire la même chose du droit à l'action de l'héritier contractuel, puisque la source de son action est la disposition défectueuse de l'instituant et puisque l'on peut en outre appliquer également à l'héritier contractuel l'argument donné par le Tribunal de l'Empire, que la mesure provisionnelle est un expédient qui convient justement dans le cas spécial, parce que l'action ne peut pas encore être intentée.

Quelle que soit l'exactitude de cette théorie évidemment discutable, les mesures provisoires prescrites par le Code de Zurich, semblent bien être le moyen le plus approprié pour protéger l'institué contractuel, pourvu que l'on soit d'accord de lui accorder dans la loi une protection spéciale du vivant du *de cujus*.

102. Un autre genre de protection accordé à l'institué contractuel par presque toutes les législations ⁽¹⁾, le plus souvent tacitement, c'est la faculté de faire interdire l'instituant pour prodigalité. Cette faculté est mentionnée dans le Commentaire de l'Avant-projet de Code suisse et les motifs du Code civil allemand; disent expressément que malgré les termes de l'article 6, al. 2 du dit Code : « Peut être interdit : 2° celui qui par sa prodigalité s'expose ou expose sa famille à tomber dans l'indigence », rien ne s'oppose à ce que cette interdiction soit prononcée dans l'intérêt d'autres personnes que le prodigue ou sa famille et qu'on ne peut en tous cas refuser cette protection à l'institué, pour le cas où les parents de l'instituant ne se décideraient pas à agir.

Sans doute cette protection n'a pas sa source dans la

(1) Le *Landrecht prussien* mentionne spécialement cette faculté, I, 12, § 625 et suiv.

nature même du pacte successoral, mais outre qu'elle est consacrée par une coutume constante, elle est justifiée par des raisons d'équité et de justice. L'institué a un grand intérêt à ce que la fortune de l'instituant ne soit pas dissipée vainement et l'on ne peut exiger de lui qu'il assiste tranquillement à la ruine successive du prodigue, pour la seule raison que ceux qui auraient le droit de demander l'interdiction, n'y sont peut-être pas intéressés et n'ont pas le désir d'intervenir. D'ailleurs cette mesure est assez peu efficace, puisqu'elle n'atteint que les actes passés depuis l'interdiction, alors que la majeure partie des biens sont probablement déjà dissipés.

103. Après la mort de l'instituant, il est évident que d'après notre théorie l'institué contractuel se trouve dans la même situation que l'institué testamentaire, et que les mêmes droits et actions lui compètent ⁽¹⁾. Si l'institué survit à l'ouverture de la succession, dit le Commentaire de l'Avant-projet suisse, nous ne voyons aucun inconvénient à le placer tout simplement en lieu et place d'un héritier testamentaire. C'est le système adopté par les législations modernes soit tacitement, soit même quelquefois expressément. Ainsi le Code de *Zurich* :

Art. 1062. — *L'héritier contractuel est investi après le décès du disposant d'un droit analogue à celui de l'héritier testamentaire. Pour devenir réellement héritier, il faut qu'il fasse addition de l'hérédité.*

L'article 123 de la loi successorale de *St-Gall* prévoit que l'héritier contractuel a les mêmes droits et les

(1) Donc sauf disposition contraire sont applicables les règles du testament, saisine, etc.

mêmes obligations que les autres héritiers. Les Codes de *Schaffhouse*, de *Zoug*, des *Grisons* et de *Thurgovie* contiennent des dispositions semblables à celles de celui de *Zurich*. Enfin nous trouvons dans l'*Avant-projet suisse* :

Art. 493. — *L'héritier contractuel, qui a survécu, acquiert la succession de la même manière que l'héritier institué par testament.*

En vertu de son droit successoral, l'héritier contractuel peut alors faire annuler toutes les dispositions de dernière volonté, testaments ou pactes successoraux qui seraient contraires à son pacte, ou seulement incompatibles avec les dispositions de celui-ci. Quant aux actes entre vifs le droit de l'héritier contractuel n'a pas partout la même étendue, il faut en tous cas pour qu'il ait une action en rescision contre ceux-ci, qu'ils aient été commis en fraude de ses droits éventuels, c'est-à-dire avec l'intention de nuire à l'institué.

En concluant le pacte successoral, en effet, l'intention présumée des parties doit être, pour l'instituant, de laisser sa future succession à l'institué, pour ce dernier d'acquérir cette succession à la mort du *de cujus*. L'institué est donc en droit d'exiger que l'instituant agisse avec bonne foi et ne dispose pas frauduleusement de ses biens, soit en les aliénant, soit en les donnant, avec l'intention de nuire à l'institué et de ne lui laisser que des dettes. Mais quel que soit le caractère dolosif des actes de disposition entre vifs, durant la vie de l'instituant, l'institué n'a aucune action contre lui, puisqu'il n'est en possession d'aucun droit ni personnel ni réel, sauf les mesures conservatoires prescrites par le Code de Zurich. Ce n'est donc qu'à la mort du *de cujus*, soit à partir de la délation, que

l'héritier contractuel sera en droit de poursuivre l'annulation des actes entre vifs conclus par l'instituant dans l'intention de le léser, et ayant atteint ce but.

Nous avons vu que l'article 980 du *Code de Zurich*, applicable au pacte successoral, ne distingue pas entre les différents actes entre vifs que le *de cujus* pourrait conclure frauduleusement. Les articles 981, 982 et 983 s'occupent il est vrai plus spécialement de la donation entre vifs. Dans son article 2287 au contraire, le *Code civil allemand* ne parle que des donations :

Art. 2287. *Lorsque le disposant a fait une donation dans l'intention de nuire à l'héritier contractuel, celui-ci, lorsque la succession lui a été dévolue, peut exiger du donataire la restitution du don d'après les dispositions sur la restitution de l'enrichissement sans cause.*

Le *Landrecht prussien* ne mentionne également que les donations et restreint à ce sujet (I, 12, § 625) les droits de l'institué en ce sens qu'il ne lui permet d'attaquer que les donations excessives, c'est-à-dire celles dépassant la moitié de la succession. Les motifs du Code civil allemand font observer avec raison que la disposition du *Landrecht* ne satisfait ni le droit de l'institué ni celui de l'instituant. En effet, d'un côté l'héritier contractuel serait très insuffisamment protégé, puisqu'il ne pourrait rien contre les autres donations frauduleuses de moindre valeur dont la totalité finirait cependant par absorber la succession tout entière. D'un autre côté, l'instituant ne pourrait plus faire une donation avec sûreté, ne sachant jamais de quel montant sera sa succession ; la valeur de celle-ci restant indéterminée jusqu'au jour du décès du donateur, le donataire pourrait toujours s'attendre à voir

la donation attaquée par l'institué. C'est pour cela que l'art. 2287, prévoit une action contre toutes les donations dolosives.

Quant aux aliénations, les rédacteurs du Code estiment que l'on ne peut prendre des dispositions spéciales à leur égard et que l'on doit laisser au contraire à la doctrine et à la pratique le soin de décider dans quel cas l'acquéreur peut être responsable d'une aliénation, consentie par le *de cuius* avec l'intention de nuire à l'institué, et cela en se plaçant au point de vue des règles générales sur les actes illicites. Car, si dans presque tous les cas on pourra présumer à l'égard des donations du *de cuius*, une intention dolosive, il sera au contraire très difficile d'établir cette présomption à l'égard des actes à titre onéreux, pourvu qu'ils soient sérieux et non simulés, car les actes déguisant sous la forme d'aliénations des libéralités faites à un tiers, rentreront dans la règle générale des donations. Aussi pour toutes les aliénations, l'institué devra se soumettre aux dispositions générales des contrats sur le dol ; pour pouvoir les faire annuler il devra prouver que l'intention de léser l'institué était connue de l'acquéreur et que celui-ci a agi par dol également. C'est bien le système qui paraît le plus équitable.

L'*Avant-projet suisse* ne prévoit que le cas où l'institué a fourni une contre-prestation, dans l'art. 492 que nous avons déjà vu. Pour les actes entre vifs que le *de cuius* pourrait avoir conclus contre la bonne foi que l'institué est en droit d'attendre de lui, le projet est muet. ⁽¹⁾ Au

(1) Voir l'art. 481, al. 2, permettant aux héritiers de s'adresser au juge avant l'ouverture de la succession, s'ils peuvent établir que le disposant compromet gravement leurs droits héréditaires par des libéralités entre vifs.

cas où l'on reconnaîtrait que l'institué a le droit d'être protégé au moins après la mort de l'instituant, contre les actes entre vifs que celui-ci aurait pu conclure à son détriment et dans l'intention de le léser, faut-il à ce sujet des dispositions spéciales de la loi? La question peut être discutée, il semble cependant que le silence de la loi pourrait créer des difficultés et que l'application des principes généraux du dol, en admettant qu'ils soient déclarés applicables, seraient ou bien trop larges ou bien insuffisants pour protéger l'institué.

104. Enfin, une dernière question est celle de l'effet des dispositions prises dans un pacte successoral au profit de tierces personnes n'intervenant pas au contrat. La plupart des législations permettent en effet de joindre au pacte successoral des dispositions de dernière volonté à l'égard d'autres personnes que les contractants. Ces dispositions ne sont pas partout envisagées de la même manière. Ainsi Stobbe (t. V, p. 288) les considère comme de simples dispositions testamentaires qui n'engagent pas leur auteur et peuvent être révoquées unilatéralement, à moins que l'autre contractant n'ait un intérêt quelconque à ce que ces dispositions soient maintenues; ce sera le cas, par exemple, dans un pacte successoral réciproque, lorsqu'il est à présumer que les dispositions au profit des tiers sont des conditions ajoutées au contrat. Mais dans la règle, les tiers institués n'auront donc un droit irrevocable que lorsque le pacte ne pourra plus être modifié, par suite de la mort de l'un des contractants. Le *Code saxon* formule ce principe de la manière suivante :

Art. 2553. *Au cas où des dispositions de dernière volonté au profit de tiers auraient été jointes à un*

pacte successoral, le de cujus pourra les révoquer, comme si elles avaient été faites par testament, excepté lorsqu'elles ont été faites dans l'intérêt de l'autre partie ou imposées par elle, ou lorsqu'elles forment les conditions d'un pacte successoral réciproque.

Par contre le *Landrecht prussien* (I, 12, § 646), le *Code de Zurich* (art. 1067) et le *Code civil allemand* (art. 2299) prescrivent seulement que les dispositions au profit des tiers pourront être révoquées par celui qui les a faites, comme de simples legs testamentaires. L'*Avant-projet suisse* distingue à ce sujet entre les dispositions testamentaires des contractants en faveur de tierces personnes et les conventions obligatoires des parties entre elles à l'égard des tiers.

Art. 490, al. 1. *Les contractants peuvent insérer des dispositions de dernière volonté dans le pacte successoral.*

Id. al. 3. *Sont réputées des dispositions contractuelles, celles que les parties font conjointement à des tiers ; il en est ainsi notamment de celles faites pour l'époque du décès de la partie qui mourra la dernière.*

§ 3. — ADMISSIBILITÉ DU LEGS CONTRACTUEL

SOMMAIRE : 105. Arguments de Beseler et de Gerber contre le legs contractuel. — 106. Différences entre le legs contractuel et la donation entre vifs ou à cause de mort. — 107. Le legs contractuel dans la pratique, la doctrine et la législation.

105. Nous avons admis jusqu'à présent l'existence d'un legs contractuel ayant la même nature juridique que

l'institution contractuelle, avec le même rapport entre ces deux pactes que celui qui existe entre l'institution d'héritier et le legs, faits par testament. Et cependant la possibilité de conclure un legs contractuel a été contestée par des juristes qui ne font aucune difficulté pour admettre le contrat d'institution d'héritier et le pacte de renonciation. C'est ainsi que Beseler et Gerber ont déclaré que le legs contractuel (*Vermächtnissvertrag*), était juridiquement impossible et que l'acte auquel Hasse a donné ce nom, était une pure invention de la doctrine « *Eine wesenslose Erfindung der Theorie* ». Mais cette opinion a été combattue par la plupart des auteurs et maintenant, doctrine, législation et jurisprudence sont d'accord pour adopter sans restriction le legs contractuel.

Le principal argument de Beseler est que le droit éventuel de l'héritier contractuel ne souffre pas une pareille individualisation de son objet, puisqu'il est admis que cet objet est l'hérédité même (*Beerbung*), et non les biens compris dans la succession (*Nachlass*). Le pacte successoral doit donner naissance à un droit successoral ayant le caractère d'une succession universelle et il ne peut y avoir par conséquent de pacte successoral sur des objets particuliers.

A cela, il est facile de répondre que les mots « héritier », « hérédité », etc., n'ont jamais eu dans le droit germanique ou dans le droit français le même sens étroit que dans le droit romain, où *heres*, *hereditas* se rapportaient presque exclusivement à une succession universelle. Dans les législations modernes l'institution d'héritier et le legs n'ont plus la même différence qu'autrefois et surtout depuis que le Code civil français, laissant de côté l'institution du testament romain, n'a plus admis que la notion de l'héritier légitime, réservant la seule dénomination générale de « legs »

à toutes les dispositions testamentaires. Le Code remplaça alors l'ancienne distinction, par une division théorique et arbitraire en legs universel, à titre universel ou à titre particulier, division qui prouve amplement que la seule distinction entre l'héritier et le légataire institués par testament provient d'une simple différence de quantité et d'étendue des droits conférés. Aussi, théoriquement, rien ne s'oppose à l'admission d'un legs contractuel à titre particulier à côté de l'institution contractuelle, celle-ci pouvant être aussi bien nommée, legs contractuel universel ou à titre universel, selon la distinction établie par le Code civil. Car, du moment qu'on admet le principe de la délation contractuelle de la succession tout entière, pourquoi rejeter un pacte successoral sur quelques objets seulement de cette succession? La succession ne forme pas un tout indivisible comme semble le prétendre Beseler et peu importe que le contenu du pacte successoral comprenne toute la succession, ou une quote-part, ou seulement certains objets déterminés. C'est bien ce que Hasse avait compris en faisant la théorie du legs contractuel; l'omettre eût été restreindre l'étendue du pacte successoral dont la notion se serait trouvée incomplète. « La validité du legs contractuel, dit Hartmann, est implicitement contenue dans celle du pacte d'institution d'héritier. » « En autorisant les dispositions contractuelles sur succession future en général, dit encore Roth, l'autorisation de conclure un legs contractuel est implicitement donnée. »

Gerber estime alors que même si le legs contractuel est possible théoriquement, cela ne justifie pas son admission dans la législation. « La théorie, dit-il, n'ayant pas pour tâche d'exercer son art en inventant un acte dont la création n'a pas été demandée par la pratique. »

Car la donation entre vifs et la donation à cause de mort ont toujours suffi amplement aux besoins de la vie juridique, tandis que le legs contractuel n'a jamais été employé puisqu'il n'a pas pour origine les anciennes *Vergabungen*.

Ainsi d'après l'argumentation de Beseler et de Gerber, le legs contractuel n'aurait aucune importance pratique, ce qu'on nomme ainsi pouvant être remplacé, soit par une donation entre vifs, effectuée seulement par les héritiers du donateur, soit par une donation à cause de mort irrévocable.

106. Mais l'analogie avec la donation entre vifs doit être écartée déjà pour cette raison que le légataire contractuel comme tout légataire ou héritier passe après les créanciers de la succession, tandis que d'après la nature de la donation entre vifs (*obligatio in heredem collata*), les créanciers n'ont pas droit à une place privilégiée avant le donataire. Enfin cette assimilation est contraire à la nature de la donation entre vifs, qui est un transfert actuel immédiat de la propriété de la chose donnée. La prétendue confusion du legs contractuel et de la *mortis causa donatio* semble à première vue un argument plus sérieux, en supposant que l'on admette une donation à cause de mort avec possibilité de renoncer au droit de révocation. Il ne paraît pas, en effet, qu'il y ait une différence quelconque entre la donation à cause de mort irrévocable et le legs contractuel, car dans les deux cas, l'effet de l'acte est une succession à titre particulier, tandis que le donataire ou légataire ne vient à son rang qu'après le paiement des créanciers héréditaires. Et cependant malgré leurs points communs, ces deux actes ne sont pas absolument semblables. D'abord, il est à remarquer que les deux institutions se sont développées sur un terrain complètement

différent. Puis, même en n'attachant aucune importance à ce fait historique, la différence essentielle est que dans la *mortis causa donatio*, la révocabilité tient à la nature même de l'acte tandis que l'irrévocabilité suppose une convention spéciale. Dans le legs contractuel au contraire, l'irrévocabilité doit être considérée comme essentielle. Et comme la conception juridique moderne ne comprend guère la révocation d'une donation, la *donatio mortis causa* a fini par être prohibée par certaines législations, si bien que l'opportunité d'une controverse à ce sujet disparaît en face des dispositions légales qui n'admettent la donation à cause de mort que sous la forme du legs contractuel. C'est ce que prescrit, en effet, le Code de Zurich.

Art. 1066. *Une promesse de donation pour cause de mort ne vaut qu'à la condition d'avoir été faite en la forme d'un legs contractuel.*

Les codes des Grisons, art. 516 *in fine*, de Zoug, art. 327, et de Schaffhouse, art. 1990, contiennent des dispositions semblables. Le dernier prescrit en outre qu'une telle promesse n'est valable qu'entre personnes capables de conclure un pacte successoral. Le *Code civil allemand* contient un système identique :

Art. 2301. *Les prescriptions sur les dispositions à cause de mort sont applicables à la promesse de donation faite sous la condition que le donataire survivra au donateur....*

Si le donateur accomplit la donation par la prestation de l'objet donné, l'on applique les dispositions relatives aux donations entre vifs.

L'*Avant-projet suisse* ne contient aucune prescription

à cet égard, mais on lit à la page 132 du Commentaire : « Il ne nous a pas semblé utile d'admettre une donation à cause de mort spéciale, à côté des legs testamentaires. » ⁽¹⁾

Ainsi, révocable, la donation à cause de mort est devenue un legs testamentaire avec lequel elle eût fait double emploi ; irrévocable, elle a fini pour s'effacer devant le legs contractuel, qui paraissait plus naturel, plus conforme au but poursuivi par les deux parties. Pourquoi en effet, user d'un détour semblable à celui d'une donation à cause de mort avec renonciation au droit de révocation, quand il est bien plus simple de recourir à la forme du legs contractuel ? D'ailleurs, le droit moderne n'est pas favorable aux donations faites avec le droit de les révoquer jusqu'à la mort et sans tradition immédiate, ce qui est contraire à la nature même de la donation telle que nous la comprenons.

Enfin il existe encore d'autres points de distinction entre ces deux actes. C'est ainsi que les motifs qui autorisent la révocation d'une donation quelconque ne sont pas semblables à ceux qui permettent de faire déclarer indigne un héritier ou un légataire. Ensuite la *mortis causa donatio* grève la fortune du donateur et non sa succession ; si elle est irrévocable, elle est acquise déjà entre vifs par le donataire qui peut s'opposer soit à une aliénation de la chose donnée, soit à une disposition sur

(1) Voir également p. 163 du Commentaire : « Mais nous avons décidé de ne pas admettre en général une donation à cause de mort, comme la plupart des droits de la Suisse allemande (V. *Schw. Pr. R.*, t. III, p. 680 et suiv.), tandis que nous plaçons la donation entre vifs dans le droit des obligations. Il en résulte alors que pour nous la donation entre vifs faite seulement pour le cas de la mort, n'est qu'un contrat conditionnel ordinaire. »

la créance qui lui a été cédée. Conséquence que nous ne pouvons guère admettre et qui a poussé les législations modernes à ne plus permettre ces donations que conformément aux prescriptions du pacte successoral.

Tout autre est la situation juridique du légataire contractuel, qui ne peut pas empêcher l'aliénation de l'objet du legs. Car si on lui attribuait un droit d'opposition, on donnerait au contrat un effet de droit réel qu'il n'a pas. La prétention du légataire comme celle de l'institué contractuel se limite uniquement à la succession. Souvent même il sera difficile de savoir si l'on se trouve en présence d'un legs contractuel ou d'une institution contractuelle, question de fait, qui prouve que l'on ne peut admettre l'un de ces contrats sans l'autre.

Ainsi donc le legs contractuel et la donation à cause de mort irrévocable ont un caractère juridique tout différent, malgré leurs quelques ressemblances. Pratique et doctrine tendent au contraire maintenant à remplacer la seconde par le premier, soit en la prohibant complètement, soit en ne l'admettant qu'avec les règles du legs contractuel, ce qui revient au même.

Enfin si l'on ne peut, sans doute, prouver une liaison directe du legs contractuel et de l'ancienne *Vergabung von Todeswegen*, soit du *pactum de succedendo* de l'ancienne théorie, nous avons vu cependant dans notre partie historique, qu'il y a de grandes ressemblances dans les effets pratiques de ces deux actes. Ainsi que l'a démontré Kugelman dans sa monographie « *Gemeinrechtliche Begründung des partikulären Erbvertrags* », la plupart des anciennes *Vergabungen* se rapportaient à des objets déterminés et non pas à des successions entières. Beseler lui-même fut forcé de le reconnaître et de faire une excep-

tion en faveur des legs contractuels contenus dans les contrats de mariage ⁽¹⁾.

107. De nos jours encore les auteurs et les praticiens s'accordent à dire que les legs contractuels sont beaucoup plus fréquents que les autres pactes successoraux. « Très souvent, dit Kugelman, des contrats de mariage contiennent des attributions à titre particulier, telles que legs contractuels d'une somme déterminée à l'avance, d'une maison, d'un fonds, etc., faits à la femme ou aux parents. » Cette pratique a été confirmée en tous cas par la jurisprudence constante des tribunaux allemands, et un grand nombre des arrêts relatifs aux pactes successoraux et relatés dans les archives de Seuffert se rapportent au legs contractuel. Un arrêt de la cour de Celle (t. XII, 23/3, 1858), statue entre autres :

« On ne saurait contester la validité d'un-pacte successoral pour la seule raison qu'il crée une succession à titre particulier, attendu que d'après le droit germanique on a pu de tout temps établir par contrat, non seulement des droits de succession universels, mais aussi des legs. »

Bluntschli dit la même chose que Kugelman en ce qui concerne la fréquence des legs contractuels : « Chez nous, en Suisse, dit-il, je crois qu'en y regardant bien, les legs contractuels sont encore plus fréquents que les contrats d'institution d'héritier. »

(1) BESELER admet également la validité du legs dont se charge, dans le pacte, l'héritier contractuel, pour autant que la succession lui permet de le payer. Comme la différence entre un héritier légitime ou testamentaire et un héritier contractuel est presque nulle, on ne voit pas très bien pourquoi Beseler ne veut pas autoriser le *de cuius* à imposer à son héritier légitime ou testamentaire le legs contractuel qu'il aurait conclu.

La doctrine elle-même admet aujourd'hui sans exception le legs contractuel. Aussi Albrecht a-t-il pu dire avec raison qu'en fait les divergences d'opinion des auteurs au sujet du pacte successoral à titre particulier ne se rapportent qu'à sa nature juridique et non à son existence ou à sa validité. Les législations modernes ont suivi cette conviction juridique de toute la littérature allemande en consacrant à cet égard une pratique constante. Le legs contractuel est mentionné dans le *Landrecht bavarois*, III, 11, § 1, n° 6, et regardé comme admis par le *Landrecht prussien*, ainsi que cela semble résulter d'un passage de ce code, I, 12, § 620 ; enfin, il est expressément reconnu dans le *Code saxon*, le *Code de Zurich* et l'*Avant-projet suisse*.

Le *Code civil allemand* l'admet expressément ; les motifs déclarent que l'on pourrait soulever également quelques objections contre cette admission, mais que l'on ne peut absolument pas, par contre, rejeter cet acte, en l'absence de motifs suffisants, et en présence de la législation moderne et des besoins pratiques qui font employer le legs contractuel fréquemment dans les contrats de mariage.

Pour tout ce qui concerne la conclusion du legs contractuel, les législations renvoient aux règles générales des pactes successoraux et du contrat d'institution d'héritier⁽¹⁾, avec quelques exceptions que nous allons examiner dans le paragraphe suivant et qui proviennent de l'objet déterminé du legs contractuel.

(1) Art. 495, al. 3 de l'Avant-projet suisse : *Le légataire, le disposant et leurs héritiers ont d'ailleurs les mêmes droits et obligations que dans le contrat d'institution d'héritier.*

§ 4. — NATURE ET EFFETS DU LEGS CONTRACTUEL

SOMMAIRE : 108. Nature du droit du légataire contractuel. — 109. Révocabilité du legs contractuel.

108. La grande objection contre l'opportunité d'admettre un legs contractuel a toujours été, au fond, la difficulté de fixer la nature juridique de cet acte. L'ancienne théorie admettait déjà un *pactum de succedendo particulare*, mais en lui attribuant comme aux autres espèces une fausse nature juridique, et en émettant une opinion erronée sur ses effets. Hasse mit fin à ces errements en attribuant au legs contractuel la même nature que celle qu'il donnait à l'institution contractuelle, et en posant comme principe que le legs contractuel ne donne qu'un droit éventuel sur la chose léguée, un droit qui ne prend naissance que lors de l'ouverture de la succession, comme pour le contrat d'institution d'héritier. Et cependant la difficulté était plus grande pour le legs contractuel, car ce pacte porte en général — c'est même sa seule différence avec le contrat d'institution d'héritier — sur une chose déterminée, et ce fait paraît difficile à concilier avec la faculté laissée au *de cuius* de disposer librement entre vifs de la chose léguée. Il semble, en effet, que la plupart du temps le légataire sera frustré. Puisqu'il serait incompatible avec la nature du pacte successoral d'empêcher le *de cuius* d'aliéner ou de donner la chose léguée, faudra-t-il alors obliger les héritiers à donner une valeur équivalente au légataire, ou devra-t-on permettre à celui-ci de faire révoquer tous les contrats que le *de cuius* pourrait avoir conclu sur la chose léguée ?

Pour obvier à cet inconvénient les auteurs modernes

ont tous cherché un remède et leur théorie manque de clarté et d'accord surtout au sujet du droit attribué au légataire contractuel du vivant du *de cujus*. Les uns admettent entre les deux contractants un rapport de droit réel, les autres un rapport du droit des obligations. Eichhorn admet la même conséquence que pour l'institution contractuelle : « Pour autant qu'un objet déterminé forme le contenu du pacte, dit-il, ce dernier transmet un droit actuel, ayant un effet immédiat, en vertu duquel le légataire contractuel acquiert la propriété de l'objet à la mort du *de cujus* et peut revendiquer par conséquent le legs en mains de tout tiers détenteur. » « Au moyen du legs contractuel, dit Buddeus, il n'est transmis qu'une obligation, dont l'exécution est réservée aux héritiers. »

Il est évident que la théorie d'Eichhorn est incompatible avec la nature même du legs contractuel, cette nature étant indissolublement liée à celle du contrat d'institution d'héritier, si bien qu'il sera même souvent difficile de savoir si l'on est en présence de l'un ou de l'autre de ces deux contrats. Il existe en effet le même rapport entre le legs contractuel et l'institution d'héritier contractuelle, qu'entre un legs et une institution d'héritier, faits par testament. « Le legs contractuel, dit l'art. 495, al. 1, de l'*Avant-projet de Code civil suisse*, confère au légataire un droit personnel à l'exécution du legs ; ce droit sera exercé comme si le legs était fait par testament. »

Quant à l'obligation des héritiers d'exécuter ce legs, elle est absolument la même que pour le legs fait par testament. « Le legs contractuel, dit Gengler, fonde pour le légataire contractuel indirectement au moment de la mort du *de cujus* — *ubi dies legati cedit* — un droit de créance ou bien suivant les circonstances un droit réel, de même

que — *quando dies legati venit* — une action personnelle et réelle. »

L'héritier est donc tenu, aussi bien par la volonté unilatérale du *de cuius* exprimée dans un testament, que par celle irrévocable et acceptée du légataire, qui résulte d'un contrat. Le rapport juridique du légataire contractuel, ses droits, actions ou obligations, sont identiques à ceux du légataire testamentaire. N'ayant du vivant du *de cuius* aucun droit acquis, il ne peut transmettre plus de droits qu'il n'en a, et le legs est éteint en cas de prédécès. Au cas où le legs aurait été conclu moyennant une contre-prestation, ses héritiers n'auraient que le droit de répéter cette contre-prestation.

109. Le legs contractuel étant irrévocable, toute disposition à cause de mort du *de cuius* contraire au pacte serait nulle et de nul effet. Mais de son vivant il reste propriétaire et libre de disposer entre vifs de l'objet légué, dans les limites du moins que nous avons tracées à propos du contrat d'institution d'héritier. Le but poursuivi par le légataire contractuel en concluant le pacte pouvant donc être plus facilement tourné par le *de cuius*, Walter et Bluntschli prétendent que le legs contractuel est révocable en tant du moins, que le *de cuius* peut aliéner la chose léguée et par ce fait annuler sa disposition. Kugelman ajoute qu'on devrait dans ce cas donner au légataire contractuel une action contre l'héritier pour obtenir de la succession un équivalent du legs. Les législations n'ont adopté ce point de vue en général qu'en ce qui concerne les aliénations consenties avec intention de nuire au légataire. Ainsi le *Code civil allemand* dispose :

Art. 2228 ⁽¹⁾. *Si le disposant a détruit, diverti, ou détérioré l'objet d'un legs contractuel dans l'intention de nuire au gratifié, cet objet est remplacé par sa valeur, si, par ce fait, l'héritier est dans l'impossibilité d'effectuer la prestation.*

Si le disposant a aliéné ou grevé l'objet dans l'intention de nuire au gratifié, l'héritier est obligé de fournir l'objet au gratifié ou de procurer main-levée de la charge; à cette obligation s'appliquent par analogie les dispositions de l'art. 2170, al. 2.

Cet article crée donc en faveur du legs contractuel, une exception à la règle générale qui ne donne pas d'action en cas d'aliénation des biens compris dans le pacte successoral.

Quant à la donation entre vifs de la chose léguée, mêmes dispositions que pour le contrat d'institution d'héritier, il faut également l'intention de nuire pour que la donation soit révocable. Le *Code civil allemand* renvoie expressément à ces dispositions.

Art. 2288, *in fine* : *Si l'aliénation et la charge ont été consentis à titre gratuit, le gratifié a contre le donataire le droit indiqué à l'article 2287, s'il ne peut exiger indemnité de l'héritier.*

Il est évident, et cela résulte des termes mêmes de l'article 2288, al. 1 du Code civil allemand, que si la perte

⁽¹⁾ Remarque de O. DE MEULENAERE sous l'art. 2288 : « Le legs d'un objet déterminé est sans effet lorsque cet objet n'est pas compris dans la succession au moment de la dévolution (art. 2169, al. 1.) Rien de plus facile donc pour le disposant qui a changé d'idée, que de frustrer celui auquel il a fait un legs par contrat. C'était ce qu'il fallait empêcher. »

de l'objet est accidentelle, et s'il ne peut être imputé aucune faute au *de cuius*, le legs contractuel se trouve éteint *ipso facto*. Les autres causes d'extinction du legs contractuel sont les mêmes que celles du contrat d'institution d'héritier. Le Code de *Zurich* contient cependant une disposition spéciale concernant la révocation unilatérale d'un legs contractuel, dans l'article suivant :

Art. 1075. — *Un legs contractuel pour lequel il n'a été donné, ni promis, à celui qui a disposé de sa succession, aucun avantage à titre de contre partie et qu'il n'a fait que par pure libéralité, peut être révoqué par lui unilatéralement par un acte en forme de testament :*

1^o Pour cause d'ingratitude du bénéficiaire.

2^o Pour cause de survenance d'enfant, s'il n'avait pas de postérité lors de la conclusion du contrat.

Cette disposition tient compte en quelque sorte du fait que la nature du legs contractuel se rapproche de celle d'une donation dont l'exécution serait retardée au jour du décès, mais on ne voit pas trop comment on pourrait, théoriquement du moins, justifier en faveur du legs contractuel cette dérogation à la règle générale de l'extinction des pactes successoraux.

CHAPITRE V

Le Pacte de renonciation.

§ 1. — ADMISSIBILITÉ DU PACTE DE RENONCIATION

SOMMAIRE : 110. Objections de Hartmann et de Unger. — 111. But et utilité du pacte de renonciation.

110. Nous avons cherché ailleurs à réfuter l'opinion de ceux qui nient la possibilité de conclure un pacte de renonciation sous le prétexte que l'objet de ce pacte n'existe pas. Nous avons maintenant à examiner la théorie de Hartmann qui met en doute surtout l'utilité pratique de ce pacte. La critique de cet auteur s'adresse principalement à la renonciation au droit successoral testamentaire ou contractuel. Il remarque d'abord que même les partisans du pacte de renonciation ne l'admettent pas en cas de succession testamentaire ; ainsi Beseler (Liv. II, p. 234 ⁽¹⁾), Albrecht, p. 348, Gerber, § 264 et Unger. Car ce serait, dit-il, assurément un non-sens juridique, si le testateur devait s'assurer par contrat l'abandon d'un droit dont l'anéantissement dépend toujours de sa propre volonté. Unger remarque également que l'héritier testa-

⁽¹⁾ Cependant BESELER est revenu plus tard sur cette opinion, car dans son *Privat Recht* § 140, n. 9, il admet également la renonciation à la succession testamentaire.

mentaire n'ayant aucun droit avant l'ouverture de la succession, sa renonciation ne serait qu'une promesse obligatoire de refuser la succession, conséquence incompatible avec la nature juridique du pacte successoral. Quant à la renonciation d'un héritier institué par contrat, elle se confondrait avec la révocation de ce contrat par consentement mutuel et pour être valable serait soumise aux mêmes règles.

Enfin resterait la succession légitime, mais tant qu'il ne s'agit pas d'héritiers réservataires, Hartmann prétend que les motifs invoqués contre la renonciation à la succession testamentaire, s'appliquent à la succession légitime. « En effet, ajoute Unger à ce sujet, seul l'héritier réservataire a un droit immuable à une partie de la succession, même contre le gré du *de cujus*, tandis que les autres héritiers légitimes peuvent être écartés par d'autres personnes instituées soit dans un testament, soit dans un pacte successoral. » Le pacte de renonciation n'aurait donc une réelle importance qu'en ce qui concerne les héritiers réservataires. Mais, même dans cet emploi, le pacte de renonciation semble superflu à Hartmann, d'abord parce qu'il est facile de limiter le droit de l'héritier réservataire à la réserve, et ensuite parce qu'une renonciation à cette seule réserve ne lui paraît pas mériter une faveur quelconque de la loi. Cette inefficacité du pacte de renonciation pourrait sans doute paraître injuste dans le cas où l'héritier renonçant aurait déjà reçu entre vifs une contre-prestation, pour s'établir, par exemple. Mais il y a dans ce cas évidemment une donation faite sous la condition licite que les biens donnés entreront ensuite dans le compte de la réserve. Ainsi, dans tous les cas, le pacte de renonciation n'a pour Hartmann aucune utilité quelconque.

111. Ainsi que l'ont constaté Hartmann et d'autres, le pacte de renonciation n'atteint toute son importance et son utilité que lorsqu'il s'agit de l'héritier réservataire. Et cependant ce pacte est tout aussi possible juridiquement pour la renonciation d'un héritier légitime non réservataire : car il est faux de prétendre comme Unger, qu'avant l'ouverture de la succession le réservataire ait un droit immuable que n'ont pas les autres héritiers. Réservataire ou non, tout héritier présomptif possède une qualité juridique qui peut, à la mort du *de cuius*, donner naissance à des droits, la seule différence c'est que la loi garantit la naissance de ces droits contre la volonté même du *de cuius*, en faveur du réservataire seulement. Mais on ne saurait en déduire qu'il y ait pour ce dernier plus que pour les autres, un droit acquis, immuable qui puisse faire l'objet du contrat.

Pour les mêmes motifs, la renonciation à l'institution d'héritier testamentaire ou contractuelle n'est pas impossible juridiquement. Il est même possible que le *de cuius* ait un intérêt à modifier au moyen d'un pacte successoral, un testament fait en observant des formes solennelles et rigoureuses. Il peut arriver également que le pacte de renonciation soit employé de préférence pour un motif quelconque pour l'extinction d'un autre pacte successoral.⁽¹⁾ Le *Landrecht bavarois*, III, 11, § 4, n. 1 et § 5, n. 1, prévoit expressément la renonciation au testament ; de même le *Code civil allemand* :

Art. 2352. *Celui qui, par testament, est institué héritier ou gratifié d'un legs peut se désister de la libéra-*

(1) V. STOBBE, t. V, p. 311.

lité par contrat avec le de cuius. Il en est de même de la libéralité faite à un tiers par un pacte successoire. Sont applicables les dispositions des art. 2347 et 2348.

Quant à la renonciation de l'héritier contractuel, partie au pacte, le Code renvoie tacitement à la révocation des pactes successoraux, avec laquelle cette renonciation ferait double emploi, tandis que le projet primitif prévoyait expressément ce cas. Et les motifs⁽¹⁾ citent à l'appui de la disposition qui a disparu en deuxième lecture, le fait que l'institué contractuel est dans une situation analogue à celle de l'héritier réservataire ; par conséquent, on doit permettre à l'un comme à l'autre de renoncer à la garantie de sa réserve. Et il y a lieu d'admettre cette renonciation contractuelle d'autant plus que par la mort d'une des parties le pacte peut devenir irrévocable même par consentement mutuel, et cela bien que le disposant par suite d'un changement de circonstances puisse avoir un grand intérêt à se libérer par une convention avec l'institué.

Il est vrai toutefois que la renonciation même des héritiers réservataires peut sembler superflue, tandis que celle des institués testamentaires ou contractuels sera le plus souvent complètement inutile, pour les raisons indiquées par Hartmann. Mais, peut-on prendre cette inutilité comme point de départ pour nier l'existence même et l'admissibilité du pacte de renonciation ? Hartmann lui-même avait prévu cette objection. « On m'objectera peut-

(1) V. *Motive*, t. V, pp. 483 et 484. L'article 2024 du Projet était ainsi conçu : « L'héritier ou le légataire contractuels peuvent renoncer à cette libéralité à toute époque par une convention avec le disposant. »

être que l'inutilité d'un acte ne prouve rien contre son existence juridique? Assurément non, pourvu que cette existence soit certaine. Or le pacte de renonciation, dans le sens actuel de ce mot, ne fait partie de la théorie du droit commun que grâce aux travaux de Hasse (cf. Beseler, § 25, p. 236 et suiv.); car les juristes antérieurs ne connaissaient sous le nom de *pactum hereditarium renunciativum*, qu'un acte du droit des obligations, qui n'excluait nullement de la délation, mais la supposait au contraire par la condition : *Si hereditas fuerit delata.* »

Nous avons vu cependant dans notre partie historique que les pactes de renonciation ont pris naissance bien avant que Hasse ait démontré l'erreur de ses prédécesseurs, en formulant une théorie plus ou moins exacte. Et ces pactes déjà nombreux au Moyen-Age remplissaient bien les mêmes conditions que les pactes modernes. Le renonçant était alors exclu de la succession d'une manière identique, en vertu d'un contrat passé avant l'ouverture de la succession avec le *de cujus*. Or, peu importe que ce contrat fût alors envisagé comme une promesse contractuelle du droit des obligations de refuser la succession, permettant aux héritiers de l'écarter, ou qu'il soit regardé maintenant, selon Hasse, comme un pacte en vertu duquel le renonçant est censé n'avoir jamais eu la qualité d'héritier, et n'existe plus en tant qu'héritier lors de l'ouverture de la succession. L'ancienne théorie connaissait donc bien un acte semblable au pacte de renonciation, poursuivant le même but, ayant pratiquement les mêmes effets, avec cette seule différence qu'elle ignorait encore le véritable caractère juridique de ce pacte.

Enfin, ce que nous avons dit de l'utilité et de la fréquence des pactes successoraux en général, peut s'appli-

quer aux pactes de renonciation, il suffit de rappeler que le contrat d'institution d'héritier et le pacte de renonciation se complètent l'un l'autre, et qu'ils seront le plus souvent intimément liés dans les arrangements successoraux qui pourront avoir lieu. Aussi bien l'admissibilité du pacte de renonciation n'est-elle plus discutée maintenant par ceux qui admettent les pactes successoraux, et depuis longtemps les législations lui ont réservé une place parmi ceux-ci. ⁽¹⁾

§ 2. — EFFETS DU PACTE DE RENONCIATION

SOMMAIRE: 112. Exclusion de l'héritier renonçant. — 113. Effets du pacte de renonciation sur les descendants du renonçant. — 114. Effets du pacte de renonciation sur les cohéritiers du renonçant.

112. Nous avons donc admis que dans le pacte de renonciation l'héritier présomptif renonçait aux droits qu'aurait pu lui conférer sa qualité d'héritier. A l'ouverture de la succession le renonçant s'en trouve exclu de droit, il est devenu à la suite de son contrat incapable de succéder. C'est le système auquel se rattachent d'ailleurs la plupart des législations modernes ⁽²⁾. Quelques codes s'expriment encore comme Hasse, Beseler ou Bluntschli en parlant d'une rupture des liens héréditaires, expression qui nous semble fausse. Ainsi le *Code de Zurich* :

Art. 1070. — *Lorsqu'une personne renonce par un contrat avec une autre personne au droit éventuel qu'elle avait sur la succession de cette dernière, la renoncia-*

⁽¹⁾ Voir également p. 97 les motifs du Code civil allemand en faveur du pacte de renonciation.

⁽²⁾ *Landr. Bav.* III, 11, § 3 N^{os} 1 et 5. *C. Autr.* art. 538, 551, etc.

ciation brise, jusqu'à due concurrence, les liens héréditaires qui les unissaient, *de telle sorte que, ni elle, ni si elle survit à celui de la succession duquel il s'agit (Erblasser), ses descendants ne peuvent prétendre aucun droit à cette succession.*

Le *Code de Schaffhouse* (art. 1991 à 1993) et d'autres encore, s'expriment à peu près dans les mêmes termes. La formule employée par la loi pour définir l'effet du pacte de renonciation varie d'ailleurs partout et n'a pas beaucoup d'importance. ⁽¹⁾

Le *Code civil allemand* s'exprime comme suit :

Art. 2346. — *Les parents ainsi que le conjoint du de cujus, peuvent, par contrat avec celui-ci, se désister de leur droit héréditaire. Le désistant est exclu de la succession légale, comme s'il ne vivait plus au moment de la dévolution ; il n'a pas droit à une réserve.*

Le désistement peut être limité à une réserve.

Enfin l'*Avant-projet suisse* contient à ce sujet la disposition suivante :

Art. 496, al. 1. — *Celui qui a renoncé par contrat à ses droits successifs est censé n'avoir jamais été héritier.*

113. Quant aux effets du pacte de renonciation sur les héritiers du renonçant, la plupart des législations sont d'accord pour les étendre à ses descendants, en tous cas lorsque le renonçant a survécu au *de cujus*. C'est donc une

⁽¹⁾ V. STOBBE, p. 311, n. 9, sur la formule des Codes à ce sujet et notamment du *Landrecht prussien*, I, 12, § 649, et du *Code autrichien*, art. 538.

présomption de la loi à laquelle les parties peuvent déroger. En effet, lorsque le renonçant a survécu au *de cujus*, on est en droit de donner à la volonté du premier un effet aussi extensif, puisque même s'il n'avait pas renoncé auparavant il aurait pu après l'ouverture de la succession empêcher qu'elle ne parvint à ses descendants, soit en la refusant, soit en s'y présentant. Ainsi en cas de survie du renonçant, il est censé n'avoir jamais été héritier et ses descendants ne peuvent prétendre aucun droit à cette succession (Code de Zurich, art. 1070). Pour le cas où le renonçant viendrait à mourir au contraire avant le *de cujus* il existe à ce sujet dans la doctrine comme dans la législation des solutions très diverses ⁽¹⁾.

Suivant les uns, les héritiers ne peuvent attaquer la renonciation de leur ascendant et doivent en supporter les conséquences, s'ils ont accepté sa succession. Ainsi Mommsen ⁽²⁾ voudrait rendre la renonciation obligatoire pour les descendants, s'ils acceptent fût-ce même un simple legs de la succession du renonçant prédécédé, parce que, dans la règle, dit-il, les héritiers doivent respecter les dispositions prises par le *de cujus*. C'est le système suivi par le *Landrecht prussien*, II, 2, § 358.

Les autres prescrivent que les héritiers sont liés dans tous les cas sans exception par la renonciation de leurs parents, sauf disposition contraire du pacte. Ce système adopté par le *Landrecht bavarois*, III, 11, § 3, n° 4, le *Code autrichien*, article 551, et le *Code civil allemand*, article 2349 ⁽³⁾, nous paraît comme le précédent, trop

⁽¹⁾ V. STOBBE, t. V, p. 313.

⁽²⁾ *Motifs*, pp. 276 à 278.

⁽³⁾ Art. 2349. — *Si un descendant ou un collatéral du de cujus se désiste de son droit de succession légitime, l'effet de son désistement s'étend à ses descendants, sauf disposition contraire.*

absolu. On le justifie en disant que le pacte de renonciation contient une succession anticipée, le renonçant étant présumé avoir reçu d'avance sa part héréditaire comme contre-prestation (*Abfindung*) du *de cuius*, ou bien avoir déclaré que cette part devait être considérée comme versée. Mais c'est méconnaître que les descendants ont un droit, indépendant de celui du renonçant, à ce que la succession dont il s'agit leur soit déférée, et ce serait soumettre la succession *ab intestat* à la seule volonté du renonçant qui pourrait ainsi priver ses descendants de la réserve à laquelle ils peuvent avoir droit sur la succession du *de cuius*. Pour les mêmes motifs la prescription de l'article 2561 du *Code saxon* ne nous semble pas plus juste. D'après cet article, les héritiers du renonçant sont liés par le pacte, si le renonçant a déclaré s'engager « pour lui et pour ses héritiers. »

L'opinion qui nous paraît la meilleure est donc celle contenue dans l'article 1070 du Code de Zurich⁽¹⁾. En effet, le prédécès du renonçant doit être considéré comme une cause d'extinction du pacte, car cette mort rend inutile et superflue la renonciation, qui se trouve éteinte par ce fait. Le *de cuius* est libre d'ailleurs d'exclure les descendants du renonçant par une disposition contenue dans le pacte même, sauf leur droit éventuel à une réserve. Si le renonçant prédécédé a reçu du *de cuius* une contre-prestation, ses héritiers en devront le rapport s'ils se présentent à la

(1) V. plus haut. STOBBE dit en parlant de cette opinion : « *Es erscheint diese letzte Ansicht als die richtige, weil ihnen (les descendants du renonçant) die Erbschaft proprio und nicht hereditario jure deferirt wird* (Albrecht) ». v. t. V, p. 313. C'était d'ailleurs le système adopté primitivement par le *Projet de Code civil allemand* (art. 2023) et soutenu dans les « *Motive* » pp. 481 et 482.

succession de celui par qui la renonciation avait été consentie. C'est ce que prescrit le *Code des Grisons* :

Art. 517, al. 4. — *Une telle renonciation ne sera cependant obligatoire pour les descendants du renonçant qu'autant que celui-ci survivra au de cujus, sinon en cas de prédécès les descendants peuvent, moyennant rapport de la somme reçue par le renonçant, faire valoir leur propre droit de succession.* ⁽¹⁾

Même disposition dans les Codes de *Schaffhouse* et de *Zoug* (art. 329). Le Code de *Zurich* contient à ce sujet une exception importante :

Art. 1071. *En général, nul ne peut renoncer qu'à ses propres droits héréditaires. La renonciation faite par un héritier pour le compte de ses enfants ou successeurs n'est pas opposable à ces derniers s'ils se présentent à la succession en leur nom personnel.*

Mais si, ayant accepté la succession de leur auteur, ils prétendent, sans tenir compte de sa renonciation, faire valoir leurs droits à la succession à laquelle il avait renoncé, ils sont tenus vis-à-vis des autres héritiers au rapport de la somme touchée par leur auteur pour prix de sa renonciation (Ausrichtungssumme.)

Art. 1072. *Par exception à cette règle, les contrats de renonciation à la succession éventuelle d'une personne faits avec ou sans compensation pécuniaire par des descendants légitimes de cette personne au profit d'autres de ces descendants légitimes (Erbverzichte, Ausrich-*

⁽¹⁾ Remarque du rédacteur du Code : « Le but poursuivi par le pacte est dans la règle l'exclusion d'un descendant et de toute sa parentèle, moyennant une somme pour son établissement. »

tungsverträge) sont réputés, dans le doute, obligatoires pour les enfants ou héritiers du renonçant.

Ainsi, après avoir posé en principe dans l'art. 1071, que les contrats de renonciation ne sont pas opposables aux héritiers du renonçant, le Code de Zurich admet une exception à cette règle, à l'art. 1072, en ce qui concerne les descendants légitimes de la personne à la succession de laquelle il a été renoncé, pourvu que cette renonciation ait été faite au profit d'autres de ces descendants légitimes. C'est donc un système mixte, qui ne se justifie pas mieux, théoriquement du moins, que les dispositions du Code saxon, du Landrecht prussien ou du Code civil allemand. ⁽¹⁾

(1) « Les descendants du renonçant, dit Bluntschli à propos de l'art. 1071, sont héritiers du *de cujus* qui a consenti à la renonciation, non pas parce qu'ils ont succédé au renonçant, mais parce qu'ils sont eux-mêmes directement unis au *de cujus* par des liens de parenté ou appelés par lui à sa succession... La règle contraire à l'art. 1071 aurait cette conséquence très dangereuse que le droit de succession des descendants pourrait faire l'objet de la spéculation de leur auteur. Celui-ci, prévoyant en effet qu'il ne survivra pas, selon toute probabilité, au *de cujus*, ne verra dans le pacte de renonciation aucun effet désavantageux pour lui-même. Or, s'il avait le droit de renoncer également pour ses enfants, il pourrait même bénéficier de sa renonciation au détriment de ceux-ci, en trouvant facilement un tiers ou un cohéritier, agréé par le *de cujus* en qualité d'héritier contractuel, et disposé à lui payer une somme pour prix de sa renonciation ».

Quant à l'exception de l'art. 1072, Bluntschli la justifie par les raisons de famille sur lesquelles repose l'espèce de pacte de renonciation dont il s'agit, soit l'*Ausrichtungsvertrag*. Lorsqu'une fille dotée renonce au profit de ses frères à la succession paternelle, elle n'agit pas exclusivement pour elle, mais elle ne fait que participer à la réglementation du droit successoral de la famille. L'exclusion des filles renonçantes et de toute leur descendance même en cas de décès est par conséquent plus conforme au but du pacte. C'est ainsi

L'*Avant-projet suisse* a suivi sur ce point avec raison les prescriptions du Code des Grisons, dans l'article suivant :

Art. 496, al. 2 et 3. *Cette renonciation est obligatoire, sauf disposition expresse du contraire, non seulement envers le renonçant, mais aussi envers ses descendants, s'il a survécu.*

Les descendants du renonçant prédécédé peuvent faire valoir leurs droits sur la succession qu'il avait répudiée, moyennant rapporter ce qu'il avait reçu pour prix de sa renonciation.

114. En ce qui concerne l'effet du pacte de renonciation vis-à-vis des cohéritiers du renonçant, les législations sont en général muettes sur ce point. « Nulle part, dit Huber, la question de savoir si le pacte de renonciation met complètement de côté la qualité d'héritier ou seulement dans un certain rapport, n'est résolue clairement. D'après le développement historique du pacte et par analogie avec les règles établies par les Codes de la Suisse pour l'effet de la renonciation à une succession ouverte, il faut admettre dans le doute, que la renonciation n'est faite qu'au profit des cohéritiers de même rang et non au profit de successeurs plus éloignés. »

Nous avons vu ⁽¹⁾ en effet que les anciens pactes de renonciation étaient présumés conclus seulement *bis auf den ledigen Anfall*, c'est-à-dire faits seulement au profit des cohéritiers de même rang et de leurs descendants. Au cas

que la tradition et la coutume l'ont toujours envisagé, et d'ailleurs les dangers décrits au sujet de l'art. 1071, ne se présentent pas dans ce cas.

(1) V. pp. 40, 52 et 62.

où aucun de ceux-ci ne se trouvait capable de recueillir la succession lors de son ouverture, le pacte de renonciation était censé révoqué et le renonçant était admis à faire valoir de nouveau ses droits à la succession. Le *Code civil allemand* et l'*Avant-projet suisse* ont tous deux établis des présomptions à ce sujet en distinguant si la renonciation est faite au profit de certains héritiers déterminés ou non. Dans la première alternative, la renonciation est présumée n'avoir d'effet qu'autant que les héritiers bénéficiaires sont appelés à la succession et l'acceptent :

Code civil allemand, art. 2350, al. 1. *Si quelqu'un se désiste au profit d'un autre de son droit de succession légitime, en cas de doute le désistement n'est réputé fait que pour le cas où cet autre devient l'héritier.*

Avant-projet suisse, art. 496, al. 4. *La renonciation est non avenue, lorsque les héritiers institués en lieu et place du renonçant répudient la succession pour une cause quelconque.*

Si quelqu'un renonce à son droit de succession légitime, au profit d'un autre, ce pacte a, dans le doute au sujet de la volonté des parties, la signification que cet autre doit devenir héritier, pour que la renonciation soit valable. Cette supposition tombe non seulement quand l'autre meurt avant le renonçant, mais aussi lorsque pour une raison quelconque il n'est pas appelé à la succession. Le projet de Code civil suisse mentionne spécialement le cas de la répudiation de l'institué, tandis que le Code civil allemand laisse cette question dans le doute.

Dans le second cas, c'est-à-dire lorsqu'il n'a été fixé dans le contrat aucune limite à l'effet de la renonciation,

les deux Codes admettent que le pacte est présumé fait seulement au profit de la parentèle du renonçant :

Code civil allemand, art. 2350, al. 2. *Si un descendant du de cujus renonce à son droit de succession légitime, en cas de doute le désistement n'est réputé fait qu'au profit des autres descendants et du conjoint du de cujus.* ⁽¹⁾

Avant-projet, art. 496, al. 5. *La renonciation au profit de cohéritiers est réputée sans effet à l'égard des membres d'une parentèle plus éloignée.*

Il est à présumer en effet dans le doute, que le *de cujus* qui a consenti par exemple à la renonciation de l'un de ses descendants, sans instituer quelqu'un d'autre à sa place, n'a pas eu l'intention en le faisant de créer un avantage en faveur de ses ascendants ou collatéraux au détriment du renonçant, et qu'il eut lui-même proposé la révocation du pacte s'il avait su, avant sa mort, qu'aucun autre de ses descendants ne lui survivrait. C'est pourquoi, en tous cas, la disposition du *Code saxon*, art. 2562, en vertu duquel le pacte ne devient sans effet que s'il ne se trouve aucun autre héritier pour recueillir la succession, à part l'Etat, semble contraire à l'intention présumée des parties.

L'Avant-projet de Code civil suisse s'occupe encore de l'effet entre cohéritiers et des droits des créanciers successoraux, aux art. 497 et 498, dans le cas où le pacte aurait été conclu avec contre-prestation. Au cas où la contre-prestation du *de cujus* dépasserait la quotité disponible,

⁽¹⁾ Voir également : *Landrecht prussien*, II, 2, § 487 et le Projet de MOMMSEN.

les cohéritiers peuvent demander la réduction jusqu'à concurrence du montant excédant la réserve du renonçant. L'al. 3 de l'art. 497, donne dans ce cas au renonçant le choix entre la restitution de ce montant ou le rapport de ce qu'il a reçu ; cette dernière alternative équivaut à une résiliation du contrat et le renonçant intervient au partage comme s'il n'avait point renoncé. Enfin, s'il y a eu contre-prestation les créanciers de la succession, qui n'ont dans la règle aucune action contre un héritier renonçant, peuvent en cas d'insolvabilité de la succession, poursuivre le renonçant, jusqu'à concurrence de ce dont il est encore enrichi, au jour de l'ouverture, par le prix de sa renonciation. (art. 498)

APPENDICE

Du contrat sur la succession future d'un tiers.

SOMMAIRE : 115. Généralités. — 116. Prohibition du *pactum de hereditate tertii viventis* en droit romain. — 117. Le contrat sur la succession future d'un tiers dans les législations modernes. — 118. Admissibilité de ce contrat, *de lege ferenda*.

115. Les contrats conclus sur la succession d'un tiers peuvent se diviser en deux groupes suivant que la succession dont il s'agit est ouverte ou non, c'est-à-dire, suivant que le *de cuius* est vivant ou décédé. Dans les deux cas nous sommes en présence de contrats qui appartiennent par leur nature et leurs effets au droit des obligations. Ces contrats, conclus sans la participation du *de cuius*, n'ont aucune influence sur la délation de la succession ; reste héritier celui qui l'était avant la convention et le contractant à qui la succession a été promise ou au profit duquel une renonciation a été faite, ne reçoit qu'une créance contre l'héritier, sans le devenir lui-même.

Au lieu de voir la parenté de ces deux groupes, on les a souvent séparés au contraire, dans la doctrine et dans certaines législations, pour confondre les contrats sur la succession d'un tiers vivant avec les pactes successoraux et pour interdire toutes les conventions sur succession

future sans distinction. Quelques codes, tout en reconnaissant la différence absolue qui existe entre le contrat sur l'hérédité d'un tiers vivant et le pacte successoral, ont placé le premier dans le droit des successions, à cause de la nature de son contenu ⁽¹⁾. Le Code de Zurich qui place ces contrats après les pactes successoraux, distingue le « Rachat entre cohéritiers de leurs droits successifs » (*Erbauskauf*) et les autres contrats relatifs à l'hérédité d'un tiers. L'effet de l'*Erbauskauf* est en quelque sorte assimilé à celui des pactes successoraux dans l'article suivant :

Art. 1079, al. 1. *Lorsque le rachat porte sur une succession future, l'héritier vendeur est réputé avoir entendu renoncer à ses droits successifs en faveur de l'héritier acquéreur, de telle façon que la succession au moment de son ouverture arrive à ce dernier en son lieu et place, et que le vendeur n'ait plus ni à répudier l'hérédité, ni à répondre des dettes.*

Les autres contrats rentrent au contraire dans la règle que nous avons énoncée :

Art. 1082. *Les autres contrats relatifs à l'hérédité d'un tiers et auxquels ce tiers ne concourt pas personnellement relèvent, en général, non du droit de succession, mais du droit des obligations.*

Les articles 1083 à 1088 contiennent alors un certain nombre de dispositions applicables à ces contrats vu leur objet successoral, en dérogation aux règles générales des

(1) Voir p. 162 et suiv.

contrats. Peu importe, par conséquent, la place assignée aux contrats sur la succession d'un tiers vivant, pourvu qu'ils ne soient jamais assimilés complètement aux pactes successoraux.

L'admissibilité de ce contrat a été plus combattue encore que celle des pactes successoraux, et bien des législations admettent ces derniers sans reconnaître aucune valeur au contrat sur la succession d'un tiers vivant, considéré comme immoral et contraire à l'ordre public.

116. Nous avons déjà cité la plupart des textes du droit romain, prohibant le *pactum de hereditate tertii viventis*. Il faut ajouter que les contrats conclus sur la succession d'une personne indéterminée, *de hereditate incerti tertii*, étaient par contre absolument valables. Les Romains ne voyaient plus rien d'immoral ni de dangereux dans une convention tout à fait générale, relative à n'importe quelle hérédité à laquelle pourrait être appelé le contractant⁽¹⁾. Non seulement les autres contrats étaient annulés quand ils étaient conclus à l'insu du *de cuius*, mais l'héritier qui avait contracté ne devait plus hériter ; on lui refusait les actions héréditaires et la succession était saisie par le fisc comme à l'indigne « *quoniam adversus bonos mores et jus gentium festinasset*. » Le consentement du *de cuius* pouvait donc valider le contrat ; mais ce consentement était révocable au gré du *de cuius*, qui restait libre d'ailleurs, même après avoir autorisé le pacte, d'anéantir son effet par des dispositions de dernière volonté contraires. Ainsi l'acte créé par l'exception de Justi-

(1) Voir *L. 3 §§ 1 et 2. Dig. pro socio 17, 2*, et *L. 11 Dig. de hered. vel act. vend. 18, 4*. — HASSE, t. II, p. 223. — RIVIER. Succ. en droit romain, p. 21.

nien ne constituait pas un pacte successoral, c'était un acte à double nature, une sorte de contrat, qui pour sa sanction n'avait besoin que d'une disposition testamentaire, le consentement du *de cuius*, et qui ne fondait aucune délation totale ou partielle, mais seulement une obligation entre l'héritier et l'autre contractant; celui-ci obtenait ainsi une créance et pas de droit successoral.

Quant aux motifs qui ont poussé les Romains à prohiber ces contrats, à part ceux que nous avons déjà examinés à propos des pactes successoraux, il est évident que la crainte d'un attentat à la vie du *de cuius* peut être ici plus facilement prouvée. A côté de ce danger, il y avait l'offense faite au *de cuius* en traitant à son insu et souvent contre sa volonté même, de choses qui le concernaient personnellement et ne concernaient que lui seul. En outre, ces règles prohibitives appartenaient sans doute aux prescriptions édictées par le droit romain dans le but de protéger les mineurs et même les majeurs contre leur inexpérience et leur propre légèreté. On avait peur dans ce cas, que l'héritier présomptif ne se défit de l'héritage paternel pour une modique somme, danger d'autant plus grand si le dit héritier était déjà parvenu à sa majorité, à l'âge où le fils de famille souhaitait une indépendance pécuniaire complète.

En tous cas, on peut dire que même pour ces contrats, la crainte d'un danger quelconque pour la vie du *de cuius* n'était pas l'unique motif de leur prohibition, car le fait que Justinien permettait au *de cuius* de retirer son consentement jusqu'à sa mort, devait plutôt augmenter ce danger. En effet, l'héritier étant lié par le contrat, l'autre contractant avait intérêt à s'assurer de l'irrévocabilité du pacte en enlevant au *de cuius*, en même temps que la

vie, la possibilité de retirer le consentement qu'il avait donné ⁽¹⁾.

117. Le droit français ayant toujours confondu les contrats sur la succession d'un tiers vivant avec les pactes successoraux, nous pouvons renvoyer à ce que nous avons dit au sujet de ces derniers aussi bien en ce qui concerne les dispositions légales, que les motifs qui les ont inspirées.

En Allemagne, la question de savoir si la règle de Justinien, *Const. 30 C. de pactis*, devait être comprise dans la Réception du droit romain, fut longtemps controversée. L'affirmative a fini par triompher dans le droit commun, quoique la doctrine en général fût opposée aux contrats sur la succession d'un tiers vivant. Les législations sont également très divisées sur ce point. Le *Code saxon* suit le droit romain et le droit commun, en disposant que les contrats sur la succession future d'un tiers ne sont valables, que s'ils sont conclus avec le consentement du *de cujus* et sauf testament de celui-ci, contraire ou incompatible avec le contenu du pacte (art. 2563). Le *Code autrichien* (art. 879, al. 4) annule tous les contrats semblables, tandis que le *Landrecht prussien* (I, XI, §§ 446 et 649), choisit un moyen terme : D'après le § 446, la vente d'une hérédité définie ou non définie, non encore échue au vendeur, est nulle ; mais dans le § 649, il est permis seulement à ceux qui sont appelés à une succession à venir comme héritiers légitimes de conclure des contrats par lesquels il est renoncé à cette succession ou par lesquels le partage en est réglé d'avance. Le *Landrecht*

(1) HASSE, chap. 2, § 2 : « *Von der Ungültigkeit der Verträge über die Erbschaft eines Dritten nach römischem Recht, und ihre Gründe.* »

bavarois (C. Max. Bav., III, 11, § 1, n° 5) autorise au contraire tous les contrats sur la succession d'un tiers vivant. Enfin le *Code civil allemand* a pris le système du *Landrecht* prussien, en ces termes :

Art. 312. — *Le contrat sur la succession d'un tiers encore en vie est nul. Il en est de même du contrat sur la réserve ou sur un legs dans la succession d'un tiers encore en vie.*

Ces dispositions ne s'appliquent pas au contrat conclu entre futurs héritiers légitimes sur la part héréditaire légale ou sur la réserve de l'un d'eux. Pareil contrat doit être acté en justice ou par notaire.

En Suisse ⁽¹⁾ nous trouvons d'abord une série de cantons dans lesquels les contrats sur la succession d'un tiers vivant sont expressément prohibés. Ce sont *Genève*, *Vaud*, *Neuchâtel*, *Fribourg*, *Valais*, *Tessin*, le *Jura bernois*, *Glaris* (C. civ. art. 302), *Uri* (*L d b.*, I, art. 131, al. 2), *Appenzell Rh. Ext.* (loi succ., art. 3, al. 2 et 3), *Appenzell Rh. Int.* (loi succ., art. 9), *Berne* (C. civ., art. 685), *Argovie* (C. civ., art. 970) ⁽²⁾, *Soleure* (C. civ., art. 451) ⁽³⁾, *Grisons* (C. civ., art. 518, al. 2) ⁽⁴⁾, *Schaffhouse* (C. civ., art. 1986); enfin, dans le silence de la loi, même solution à *Bâle-Ville* et *Bâle-Campagne*.

D'autres cantons tolèrent ces contrats mais posent des conditions spéciales pour leur validité. Ainsi le *Code de Lucerne* (art. 480) exige le consentement du Conseil

⁽¹⁾ V. HUBER, t. II, p. 338 et suiv.

⁽²⁾ Le Code d'*Argovie* fait cependant une exception en faveur du « Contrat d'hospitalisation » à l'article 966.

⁽³⁾ V. à l'article 1241 une exception de peu d'importance.

⁽⁴⁾ Même exception que le Code d'*Argovie*.

d'État; le *Landbuch d'Obwald* (I, p. 187), l'autorisation du Landammann et des Conseils; le Code de *Nidwald* (C. civ., art. 247 et 249), l'homologation du Tribunal. La loi successorale de *Thurgovie* (art. 109 et 111) dispose que dans la règle une succession non ouverte ne peut être ni vendue ni engagée; cependant les héritiers peuvent conclure entre eux des rachats de succession relatifs aussi bien à une succession échue qu'à une succession non échue. Dans ce dernier cas, seulement avec le consentement du *de cuius*, l'assistance d'un fonctionnaire préposé aux partages, et l'emploi de la forme écrite.

Enfin les cantons de *Zoug* et *Zurich* sont les seuls qui autorisent ces contrats presque sans restriction. Le Code de *Zoug* exige toutefois le consentement du *de cuius* (art. 334) et la transcription de l'acte par un greffier assermenté (art. 335, al. 2). En outre l'article 338 de ce Code permet la rescision pour « *böswillige Täuschung* », règle abolie par le Code de *Zurich* en 1887. Ce dernier distingue comme nous l'avons vu, les rachats de droits successifs entre cohéritiers, et les autres contrats. Pour les premiers la forme notariée n'est pas nécessaire (art. 1077, al. 2), il suffit que l'acte soit fait par écrit, tandis que les autres contrats sur la succession future d'un tiers, conclus du vivant de celui-ci, doivent pour leur validité être passés par devant notaire et notifiés au *de cuius* (art. 1084). Le rachat de droits éventuels entre cohéritiers est pour ainsi dire assimilé au pacte successoral ⁽¹⁾, tandis que d'après l'article 1083 (C. civ. de *Zoug*, art. 337), les autres contrats

(1) Art. 1079, al. 1, v. p. 217. En outre, d'après le même article, al. 2, la renonciation est également opposable, dans le doute, aux descendants et héritiers du vendeur (art. 1072); même disposition dans le Code civil de *Zoug*, art. 336.

relatifs à l'hérédité d'un tiers sont régis par les dispositions sur la cession des créances. Cependant par exception, l'article 1087 (C. civ. de Zoug, art. 339) dispose que si l'héritier vendeur meurt avant le *de cuius*, l'objet du contrat est réputé avoir péri par cas fortuit, et l'article 1088 interdit la constitution d'un droit de gage ou d'hypothèque sur une succession, une part ou une expectative de succession. Notons enfin la disposition spéciale de l'article 1086 en vertu duquel l'héritier qui, du vivant de son auteur, vend sans la coopération de ce dernier ses droits successifs éventuels à un tiers, perd par là même le droit d'attaquer pour cause d'inefficacité les dispositions de dernière volonté du défunt. Cet article institue donc une peine contre l'héritier contractant, qui est ainsi déchu de son droit à une réserve.

L'*Avant-projet de Code civil suisse* n'a pas suivi cette fois le système du Code de Zurich, il prohibe tous les contrats sur la succession d'un tiers encore en vie.

Art. 499. — *Sont nulles et de nul effet les conventions qu'un héritier passe avec ses cohéritiers ou des tiers, au sujet d'une succession non ouverte.*

Celui qui a payé quelque chose en vertu d'une semblable convention a le droit de le répéter.

118. Ainsi, à part quelques exceptions, presque toutes les législations se montrent peu favorables au contrat sur la succession d'un tiers vivant, et la doctrine ne l'est pas davantage. Comme le fait remarquer Hasse, les motifs qui ont fait prohiber de tout temps ce contrat, sont dûs à un sentiment si naturel et si humain, que l'on ne peut guère les réfuter. Un père ne se sentira jamais flatté d'apprendre que ses enfants ont déjà partagé sa succession.

à son insu, quand bien même ce partage n'existe que sur le papier, ou que l'un d'entre eux cherche à vendre à un étranger sa future part héréditaire. Tandis que l'héritier lui-même peut être trompé, sans qu'on puisse jamais le prouver, on ne peut pas même garantir de tout danger la vie du *de cuius* en songeant à toutes les spéculations qui pourraient résulter de ces contrats et que le droit devrait alors protéger. Ainsi non seulement ils sont immoraux en ce qu'ils constituent une offense envers le *de cuius*, mais ils sont encore véritablement dangereux pour celui-ci comme pour l'héritier contractant; et l'on comprend que Justinien les aient appelés : « *pactiones odiosæ et plenæ tristissimi et periculosi eventus* », surtout lorsque leur conclusion est cachée intentionnellement au *de cuius*, ou lorsqu'elle a lieu malgré sa défense formelle. Ceux conclus par des héritiers avec des tiers doivent être en tous cas prohibés, car ils sont certainement les plus dangereux à tous les points de vue et l'on ne saurait articuler en leur faveur aucune utilité quelconque. Quant à ceux qui interviennent seulement entre des cohéritiers on ne peut dans certains cas leur contester quelque avantage et c'est pour cela que le Code civil allemand a fait une exception à leur égard.

Sous l'article 1077 du Code de Zurich, Bluntschli remarque en effet que les rachats de droits successifs éventuels entre cohéritiers soulèvent moins d'objection que les autres contrats sur l'hérédité d'un tiers vivant : « Ces rachats ne sont pas dangereux, dit-il, par le fait qu'ils n'ont pas pour but d'attribuer un droit de succession à une tierce personne complètement étrangère à la famille et à l'héritier contractant. Ils n'ont au contraire pour effet que l'extension d'un droit éventuel existant déjà lors de la

conclusion du contrat et constituent de simples arrangements de famille. Aussi la Coutume s'en est emparée depuis longtemps et a fini par leur attribuer de plus grands effets qu'aux autres contrats du droit des obligations. » C'est, comme on le voit, par ces motifs que Bluntschli justifie la règle de l'article 1079 qui donne à l'*Erbschaft* l'effet d'un véritable pacte successoral.

Dernburg ⁽¹⁾ voudrait également que l'on fit à ce sujet une distinction en faveur des contrats qui ne présentent aucun caractère d'immoralité, puisque cette immoralité est le seul motif de la prohibition des contrats sur la succession d'un tiers vivant. Et il cite comme exemple le cas d'un père de famille, affaibli par l'âge, et ne pouvant plus donner son consentement à un arrangement successoral que des circonstances économiques particulières exigeraient cependant entre ses descendants.

Mais en admettant même que les rachats de droits successifs entre cohéritiers aient une certaine utilité ou qu'ils ne soient pas en tous cas assez dangereux et immoraux pour que l'on puisse justifier leur prohibition, nous ne pouvons admettre que ces contrats soient valables sans le consentement du *de cuius*. Non seulement l'exemple donné par Dernburg à l'appui de sa thèse se présentera rarement en pratique, mais il ne suffirait pas d'ailleurs pour que l'on permit de se passer de ce consentement. Car nous ne saurions approuver en aucun cas ces contrats conclus sur une succession future à l'insu de la seule personne qui ait le droit d'en disposer, et nous estimons qu'ils peuvent être avec raison regardés comme une injure à l'égard du *de cuius*. Or, si l'on exige le consen-

(1) *Pandekten*, t. III, § 127.

tement du *de cujus*, pourquoi ne pas exiger sa participation directe au contrat, et transformer ainsi ce contrat en un véritable pacte successoral qui remplira bien mieux encore le but que se proposaient les contractants.

« Pour autant que le besoin de conclure un contrat semblable se ferait sentir, dit le rédacteur de l'*Avant-projet de Code civil suisse*, on peut présumer à bon droit que le *de cujus* participerait lui-même au contrat au lieu d'y rester étranger. S'il existe un empêchement quelconque à cette participation (comme dans le cas cité par Dernburg), nous ne croyons pas que cette circonstance soit assez importante, pour que l'on puisse, à cause d'elle, risquer tous les dangers de la spéculation possible sur une expectative successorale, et les expédients dans le genre de celui de l'article 1086 du Code de Zurich ne peuvent, à notre avis, écarter le danger de ces contrats, mais doivent au contraire l'augmenter. » ⁽¹⁾

⁽¹⁾ HUBER, *Betracht. über d. Vereinh.* p. 79 et *Commentaire de l'Avant projet*, p. 132.

Conclusion

Pour avoir une notion exacte du pacte successoral, de son histoire et de sa nature, il faut avant tout le séparer complètement des autres contrats sur succession future, dans lesquels le *de cuius* n'intervient pas directement comme partie contractante.

Cette distinction faite, on s'aperçoit qu'il n'y a pas trace d'immoralité dans les pactes successoraux, que ces pactes ne sont pas aussi dangereux qu'on a bien voulu le dire, et que toutes les craintes exprimées à leur sujet sont sans aucun fondement ou ne sont absolument pas, en tous cas, de nature à justifier leur prohibition. L'étude de l'histoire de ces pactes prouve d'ailleurs que cette prohibition dans les législations de la France et de la Suisse romande n'est due qu'au droit romain et à l'influence prépondérante des romanistes qui parvinrent à reléguer l'institution contractuelle dans le contrat de mariage, quoique l'origine des pactes successoraux fût la même dans le droit coutumier français que dans celui de l'Allemagne. Et comme le droit romain annulait les pactes successoraux, non pas à cause de leur immoralité ou de leur danger, mais bien en vertu d'un principe particulier de ce droit,

il en résulte que toutes les règles prohibitives du Code civil français reposent sur deux erreurs, soit, d'une part, sur une fausse interprétation du droit romain, soit de l'autre sur une confusion des pactes successoraux et des contrats sur la succession d'un tiers vivant. Par contre, le développement successif des pactes successoraux dans les coutumes et les législations de l'Allemagne ou de la Suisse allemande, prouve bien que ces pactes remplissent un but et possèdent une certaine utilité. Par conséquent, comme il n'existe aucune raison pour cela, nous ne croyons pas qu'il y ait lieu de prohiber le pacte successoral ou de le restreindre à certains cas et à certaines personnes dans le futur Code civil suisse.

Le pacte successoral ne crée ni un droit immédiat ni une obligation ; c'est un contrat d'espèce particulière qui, par son influence directe sur la délation d'une succession ou d'un legs, appartient au droit successoral. Ce contrat a pour objet une qualité juridique, la qualité d'héritier ou de légataire, qui, à la mort du *de cujus* seulement, peut donner naissance à des droits successoraux ; il a pour effet de fonder la délation d'une succession ou de mettre obstacle à cette délation.

La qualité d'héritier présomptif peut en effet être conférée, soit par la loi qui l'attribue à certains rapports de parenté, soit par la volonté du *de cujus* ; suivant que cette volonté sera exprimée dans un acte unilatéral ou dans un contrat, nous serons en présence d'un testament toujours révocable, ou d'un contrat d'institution d'héritier, irrévocable en ce sens que le *de cujus*, tout en conservant la libre disposition entre vifs de ses biens, ne peut plus faire valablement une disposition de dernière volonté contraire ou incompatible. Le pacte successoral fonde par conséquent

une délation contractuelle, qui repose, comme la délation testamentaire, sur la volonté du *de cujus* et que l'on peut comme elle opposer à la délation *ab intestat*, qui a sa source dans la loi. L'héritier contractuel est donc investi, à l'ouverture de la succession, des mêmes droits et actions que l'héritier testamentaire.

Le legs contractuel est également possible juridiquement et doit être soumis aux mêmes principes que le contrat d'institution d'héritier; comme celui-ci, il n'enlève pas au *de cujus* la liberté de disposer entre vifs de la chose léguée.

Le pacte de renonciation empêche la naissance des droits éventuels attachés à la qualité d'héritier du renonçant et met obstacle à la délation de la succession en sa faveur, tout comme la naissance d'un héritier réservataire, par exemple, peut mettre à l'arrière-plan la qualité des autres héritiers légitimes. La renonciation contractuelle à une succession future exclut de cette succession, comme si le renonçant n'existait plus au moment de la dévolution. L'effet du pacte ne s'étend aux descendants du renonçant, que si celui-ci a survécu à l'ouverture de la succession. Par contre, en cas de prédécès de l'héritier renonçant, le pacte de renonciation est éteint et les descendants du renonçant peuvent faire valoir leurs droits à la succession s'ils en ont. Fait au profit de certaines personnes désignées dans le contrat, le pacte de renonciation s'éteint également si ces personnes ne se présentent pas pour une cause quelconque à la succession dont il s'agit.

Quant au contrat sur la succession future d'un tiers, il appartient, comme le contrat sur une succession ouverte, au droit des obligations et ne doit pas en tous cas être confondu avec le pacte successoral. Prohibé par la plupart

des législations et regardé comme immoral et dangereux par presque tous les auteurs, ce contrat ne saurait guère être admis dans le futur Code civil suisse, malgré l'utilité, plutôt apparente que réelle, que quelques juristes lui ont attribuée dans certains cas.

Ouvrages consultés pour cette étude.

- AD. ABICHT. *Ein Beitrag zur Lehre vom Erbvertrag*. — Oels, 1893, (Thèse.)
- ALBRECHT. *Critique de Beseler*. (*Die Lehre von den Erbverträgen*), dans *Krit. Jahrbücher für deutsche Rechtswissenschaft*. Leipzig, 1842, t. I, p. 321 et suiv.
- ARNDT. *Zur Lehre von den Erbverträgen nach gem. und österr. Recht*, dans *Oesterr. Vierteljahrschrift für Rechts- und Staatswissenschaft*, Vienne, 1861-1862, t. VII, p. 269 et suiv., t. VIII, p. 64 et suiv.
- BARON. *Pandekten*, Leipzig, 1893, p. 667.
- BAUDRY-LACANTINIERE. *Précis de Droit civil*, Paris, 1891-1893, t. II, pp. 411, 516 à 517, 588.
- G. BESELER. *Die Lehre von den Erbverträgen*. 3 vol., Göttingen, 1835-1840.
- G. BESELER. *System des gem. deutschen Privatrechts*, Berlin, 1885, t. II, pp. 647 à 665.
- BENECH. *De l'élément gallique et de l'élément germanique dans le Code Napoléon*, dans *Revue de Législation et de Jurisprudence*, Paris, 1853, t. XLVII, p. 54 et suiv.
- BIGOT-PRÉAMENEU. *Exposé de motifs du Code Napoléon*, art. 1130, dans *LOCRÉ*, t. XII, p. 325.
- BLUMER. *Staats- und Rechtsgeschichte der Schweiz. Democratien*, Saint-Gall, 1858, pp. 530 et 531.
- BLUNTSCHLI. *Staats- und Rechtsgeschichte der Stadt und Landschaft Zurich*, Zurich, 1838, t. I, p. 471.
- BLUNTSCHLI. *Deutsches Privatrecht*, Munich, 1864, p. 712 et suiv.
- BLUNTSCHLI. *Critique de Beseler* (*Die Lehre v. d. Erbvertr.*) dans *Hallische Jahrbücher von Ruge und Echtermeyer*, Halle, 1838, t. II, n. 165.

- BOLLEY. *Entwürfe von Gesetzen für das Königr. Württemberg, mit Motiven*, Stuttgart, 1835, p. 277 et suiv.
- BONNET. *Des dispositions par contrats de mariage*. Paris, 1874, t. I, pp. 276 à 311.
- BRINZ. *Lehrbuch der Pandekten*, t. III, pp. 121 à 123.
- CH. BROCHER. *Etude historique et philosophique sur la Légitime et les Réserves en matière de succession héréditaire*. Paris-Genève, 1863, p. 394.
- BUDDEUS. *Der Erbvertrag*, dans *Weiske's Rechtslexikon für Juristen aller deutschen Staaten*, Leipzig, 1843, t. IV, p. 27. et suiv.
- CHABOT. *Rapport sur l'art. 791 du Code civil français*, dans LOCRÉ, t. X, p. 255.
- COLMET DE SANTERRE. *Cours analytique du Code civil*. Paris, 1881 à 1895, t. IV, n. 256 bis.
- DEMOLOMBE. *Cours de Code Napoléon*. Paris, 1875-1876, t. I, pp. 298-299. t. II, pp. 346-347, t. VI, p. 305 et suiv., p. 355 et suiv.
- DERNBURG. *Pandekten*, t. III, p. 256 et suiv.
- DERNBURG. *Lehrbuch des preussischen Privatrechts*, Halle, 1896, t. III, pp. 508 à 526.
- DIECK. *Deutsches Erbrecht, Erbverträge*, dans *Encyclopädie von Ersch und Gruber*, Leipzig, 1844, t. XL, p. 402 et suiv.
- EICHORN. *Einleitung in das deutsche Privatrecht*, Göttingen, 1845, pp. 804 à 825.
- ESCHBACH. *Notice historique sur l'Institution contractuelle*, dans *Revue de Législation*, t. XI, p. 127 et suiv.
- FÖRSTER ET ECCIUS. *Preussisches Privatrecht*, Berlin, 1893, t. IV, pp. 303 et 513.
- FURGOLE. *Commentaire de l'Ordonnance de 1731 sur les Donations* (t. V des œuvres complètes), Paris, 1775, Art. 13, p. 99 et suiv.
- GENGLER. *Lehrbuch des praktischen deutschen Privatrechts*, Erlangen, 1862, p. 254 et suiv.
- GERBER. *System des deutschen Privatrechts*. Iena, 1882, pp. 714 à 736.
- GRENIER. *Traité des donations, des testaments, etc.*, Clermont-Ferrand, 1844-1847, passim.
- GRUCHOT. *Preussisches Erbrecht in Glossen z. Allg. Landrecht*, Berlin, 1866, t. II, § 340.
- HARTMANN. *Lehre von den Erbverträgen und den gemeinschaftlichen Testamenten*. Brunswick, 1860.
- HASSE. *Von dem Erbvertrag, Vertrag über eine fremde Erbschaft, etc.*, dans *Rheinisches Museum für Jurisprudenz*, t. II, 1828, pp. 149 à 244, t. III, 1829, pp. 1 à 22.

- HEUSSLER. *Institutionen des deutschen Privatrechts*. Leipzig, 1885, t. I, p. 234, t. II, p. 642.
- HOFMANN. *Wesen und Wirkung des Erbverzichts und des Erbvertrages* dans *Grünhuf's Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart*, t. III, 1876, p. 649 et suiv.
- HOLTZENDORFF. *Rechtslexikon*. 1880, 1^{re} Partie, pp. 710 à 714.
- EUG. HUBER. *Schweizerisches Privatrecht*, Bâle, 1888 et 1893, t. II, pp. 316 à 347, t. IV, p. 603 à 608, 662 à 667.
- EUG. HUBER. *Betrachtungen über die Vereinheilichung des schweizerischen Erbrechts*, Bâle, 1895, pp. 77 à 80.
- KAHLERT. *Die Form der Erbverträge nach geltendem gemeinen Recht und nach den Partikularrechten des Grossherzogthums Hessen*. Darmstadt, 1884.
- KLIMRATH. *Travaux sur l'histoire du droit français, recueillis, mis en ordre et précédés d'une préface par Warnkenig*. Paris, 1843, tome I: *Essai sur l'étude historique du droit et son utilité pour l'interprétation du Code civil*. (Thèse, 1833) pp. 50 et 51. *Histoire du Droit public et privé de la France*. (1836-37) p. 389.
- KOCH. *Das preussische Erbrecht aus dem gemeinen deutschen Recht entwickelt*, Berlin, 1866, t. II, p. 743 et suiv.
- KOCH. *Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten*. Berlin, 1885, t. II, p. 143, note 13, p. 145, note 23.
- KOENIGSWARTER. *Etudes historiques sur le droit civil français*, dans *Revue de Législation*, t. XIX, p. 532 et suiv.
- KOTHING. *Abhandlung über die Erbrechte des kantons Schwytz, mit Rücksicht auf die Forderungen der Gegenwart*, dans *Zeitschrift für schweizerisches Recht*, t. V, pp. 160 et 176.
- KRAINZ. *System des österreichischen allg. Privatrechts*, Vienne, 1894, t. II, p. 548.
- KUGELMANN. *Gemeinrechtliche Begründung des partikulären Erbvertrages*, Erlangen, 1877.
- LAFERRIÈRE. *Histoire du droit français*. Paris, 1836 à 1838, t. I, pp. 149 à 152 et 156 à 158.
- LARDY. *Les législations civiles des cantons suisses en matière de tutelle, de régime matrimonial*, etc., 2^e édition.
- LAROMBIERE. *Théorie et pratique des Obligations*, Paris, 1857, t. I, p. 239.
- LAURENT. *Principes de Droit civil français*, Paris, 1869-78, t. IX, pp. 486 à 487, t. XVI, pp. 113 à 145.
- E. DE LAURIÈRE. *Des Institutions contractuelles*, Paris, 1712.
- E. LEHR. *Code civil de Zurich*, traduit et annoté. Paris, 1887.

- E. LEHR. *Eléments de droit civil germanique*, 1 vol., Paris, 1875, pp. 426 et 427.
- E. LEHR. *Traité élémentaire de droit civil germ.*, 2 vol., Paris, 1892, t. II, p. 90-et suiv., p. 489 et suiv.
- LOCRÉ. *La législation civile, commerciale et criminelle de la France*, Paris, 1828, t. X, pp. 255 à 256, 298 à 299; t. XII, pp. 260, 325, 428; t. XIV, pp. 451, 497, 242.
- MERLIN. *Répertoire universel et raisonné de Jurisprudence*, 5^e édition, Bruxelles, 1826. *Institution Contractuelle*: t. XV, p. 195 et suiv., *Renonciation à succession future*: t. XXVIII, p. 163 et suiv.
- O. DE MEULENAERE. *Code civil allemand*, traduit et annoté, Paris, 1897.
- MITTERMAIER. *Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts* Regensburg, 1847, t. II, p. 562.
- FRIED. MOMMSEN. *Entwurf eines deutschen Reichsgesetzes über das Erbrecht nebst Motiven*, Braunschweig, 1876, p. 46 et suiv., pp. 261 à 278.
- MOTIVE *zu dem Entwürfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich*. Amtliche Ausgabe. Berlin, 1896, t. V, p. 310 et suiv., p. 470 et suiv.
- OLIVIER. *Cours ou explication du droit coutumier du Pays de Vaud*. Lausanne, 1708, pp. 106 et 126.
- PHILIPIS. *Grundsätze des deutschen Privatrechts*. Berlin, 1846, t. II, p. 291 et suiv.
- PORTALIS. *Exposé de motifs du Code Napoléon*. Art. 1600, v. LOCRÉ, t. XIV, p. 151.
- POTHIER. *Œuvres*: t. I, pp. 534 à 535, t. II, p. 62 et suiv., t. III, pp. 205 à 206, t. VIII, p. 30 et suiv.
- PROJET DE CODE CIVIL SUISSE. *Les Successions. Deuxième Avant-projet; imprimé avec un commentaire pour la Commission d'experts*. Berne, 1895.
- REYSCHER. *Das gemeine und württembergische Privatrecht*, Tübingen, 1848, t. III, p. 688.
- ROTH. *Bayrisches Civilrecht*, Tübingen, 1875, p. 459 et suiv.
- SCHARNWEBER. *Der letzte Wille und der Erbvertrag*, Potsdam, 1861.
- SCHAEFFNER. *Geschichte der Rechtsverfassung Frankreich*. Francfort, 1850, t. III, p. 401.
- SCHWARZE. *Der Erbvertrag*, dans *Zeitschrift für Rechtspflege*

- und Verwaltung im Königr. Sachsen. Neue Folge, t. I, p. 137, et suiv., Leipzig, 1841.*
- SEGESSER. *Rechtsgeschichte der Stadt und Republik Lucern*, Lucerne, 1850-1858, t. II, p. 542 et suiv., t. IV, pp. 134 et 135.
- STOBBE. *Handbuch des deutschen Privatrechts*. Berlin, 1885, t. V, pp. 170 à 195, 277 à 319.
- TOULLIER. *Le droit civil français*. Paris, 1830, t. VI, pp. 115 à 116.
- UNGER. *System des österr. allgem. Privatrechts*. Leipzig, 1864, t. VI, *Das österr. Erbrecht*, pp. 114 à 120.
- VIOLLET. *Histoire du droit civil français*. Paris, 1893, pp. 826 à 828, 888 à 889.
- WALTER. *System des gem. deutschen Privatrechts*. Bonn, 1855.
- WARNKOENIG UND STEIN. *Französische Staats- und Rechtsgeschichte*. Bâle, 1846, t. II, pp. 461 à 463.
- WINDSCHEID. *Lehrbuch des Pandekten Rechts*, t. III, pp. 6, 26 et 29.
- ZACHARIAE VON LINGENTHAL. *Handbuch des französischen Civilrechts, bearbeitet von Crome*. Fribourg en Brisgau, 1894, passim.

ERRATA

Page 166, l. 3, lire : « les autres *la* regardent »

Page 168, l. 27, lire : « Car il dit d'abord très justement que l'institution contractuelle n'est pas une donation, *celle-ci ne pouvant conférer la qualité d'héritier, ni un testament, parce que c'est un contrat* »

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	Pages 5
------------------------	------------

I^{re} PARTIE

HISTOIRE DU PACTE SUCCESSORAL

CHAPITRE I ^{er} . Droit romain	9
---	---

Sommaire : 1. Nullité absolue des pactes successoraux en droit romain. — 2. Prétendues exceptions à cette règle.

CHAPITRE II. Droits germanique et allemand.

§ 1. LES DONATIONS A CAUSE DE MORT DE L'ANCIEN DROIT GERMANIQUE	15
---	----

Sommaire : 3. Droit de succession des anciens Germains. — 4-6. A. *Les donations à cause de mort dans les Lois Barbares* : Loi Salique. Loi Ripuaire. Droit Lombard et Loi des Wisigoths. — 7-11. B. *Les donations à cause de mort dans les Coutumiers et jusqu'à la fin du Moyen-Age* : a) Les donations d'immeubles des Miroirs. b) Le contrat de mariage et les donations de meubles. c) Les donations de tous biens. — 12. Causes du développement postérieur des donations à cause de mort. — 13. Les pactes successoraux réciproques des familles de la Haute Noblesse.

§ 2. NAISSANCE ET DÉVELOPPEMENT DU CONTRAT D'INSTITUTION D'HÉRITIET ET DU LEGS CONTRACTUEL MODERNES	30
---	----

Sommaire : 14. Controverse relative à l'origine du pacte successoral. — 15. Théorie de Beseler reposant sur la *Communis opinio*

Pages

doctorum. — 16. Réfutation de cette théorie. — 17. Influence réelle du droit romain et de la doctrine sur la transformation des anciennes *Vergabungen* en pactes successoraux. — 18. Développement du contrat d'institution d'héritier et du legs contractuel dans les législations, à partir de la fin du XV^me siècle.

§ 3. HISTOIRE DU PACTE DE RENONCIATION 37

Sommaire : 19. Renonciation de la loi Salique. — 20. Théorie de Beseler. — 21. Le pacte de renonciation dans les Coutumiers. — 22-23. Influence de la noblesse et du droit canon sur le développement des pactes de renonciation.

§ 4. LE PACTE SUCCESSORAL DANS LES LÉGISLATIONS MODERNES ET LE CODE CIVIL ALLEMAND 42

Sommaire : 24. Législations modernes de l'Allemagne. — 25. Système du Code civil allemand.

CHAPITRE III. Droit français.

§ 1. LE PACTE SUCCESSORAL DANS LE DROIT COUTUMIER 45

Sommaire : 26. Influence des Lois Barbares. — 27. Emploi général des pactes successoraux jusqu'aux XIII^me et XIV^me siècles. — 28. Influence prépondérante du droit romain et des romanistes en faveur de la prohibition des pactes successoraux. — 29. Rédaction des Coutumiers. — 30. Influence de la féodalité sur le développement de l'institution contractuelle et du pacte de renonciation. — 31. Prohibition des pactes successoraux dans le droit révolutionnaire.

§ 2. PROHIBITION GÉNÉRALE DES PACTES SUCCESSORaux DANS LE CODE CIVIL 53

Sommaire : 32. Prohibition absolue des articles 794, 1430 et 1600. — 33. Exceptions des articles 1082 à 1090, 761 et 918.

CHAPITRE IV. Droit suisse.

§ 1. HISTORIQUE 57

Sommaire : 34. Développement des pactes successoraux dans les cantons de la Suisse allemande. — 35. Restriction au contrat de mariage dans les cantons romands.

	Pages
§ 2. LES PACTES SUCCESSORAUX DANS LES LÉGISLATIONS CANTONALES.	62
<i>Sommaire</i> : 36-39. A. <i>Contrat d'institution d'héritier et legs contractuel</i> : 36. Cantons dont la législation ne mentionne pas ces contrats : <i>Schwytz</i> et <i>Obwald</i> ; 37. Prohibition absolue à <i>Glaris</i> , <i>Appenzell (Rh. Int. et Ext.)</i> , <i>Uri</i> , <i>Nidwald</i> ; 38. Prohibition générale sauf exceptions : <i>Genève</i> , <i>Vaud</i> , <i>Fribourg</i> , <i>Valais</i> , <i>Neuchâtel</i> , <i>Tessin</i> , <i>Berne</i> , <i>Lucerne</i> , <i>Soleure</i> , <i>Bâle</i> et <i>Argovie</i> ; 39. Admission sans réserve : <i>Zurich</i> , <i>Schaffhouse</i> , <i>Zoug</i> , <i>Thurgovie</i> , <i>Saint-Gall</i> et <i>Grisons</i> . — 40-43. B. <i>Pacte de renonciation</i> : 40. Cantons dont la législation ne mentionne pas ou interdit ce pacte : <i>Uri</i> , <i>Schwytz</i> , <i>Unterwald</i> , <i>Appenzell (Rh. Int. et Ext.)</i> , <i>Bâle (Ville et Camp.)</i> ; 41. Prohibition générale sauf rares exceptions : <i>Genève</i> , <i>Berne (Jura)</i> , <i>Vaud</i> , <i>Valais</i> , <i>Neuchâtel</i> , <i>Tessin</i> , <i>Glaris</i> , <i>Soleure</i> et <i>Fribourg</i> ; 42. Admission dans certains cas : <i>Berne</i> , <i>Lucerne</i> et <i>Argovie</i> ; 43. Admission sans réserve : <i>Zurich</i> , <i>Schaffhouse</i> , <i>Zoug</i> , <i>Thurgovie</i> et <i>Grisons</i> .	
§ 3. SYSTÈME DE L'AVANT-PROJET DE CODE CIVIL	72

II^{me} PARTIE

PROHIBITION ET ADMISSIBILITÉ DU PACTE SUCCESSORAL

CHAPITRE I^{er}. De lege lata.

§ 1. MOTIFS DE LA PROHIBITION DU PACTE SUCCESSORAL DANS LE DROIT ROMAIN	75
<i>Sommaire</i> : 45. Motifs de l'immoralité du pacte successoral, dans la doctrine française. — 46. Erreur de cette théorie. — 47-49. Distinction du pacte successoral et du contrat sur la succession d'un tiers vivant quant aux motifs de cette prohibition. — 50. Motifs de la nullité du pacte de renonciation. — 51. Signification exacte de l'expression <i>contra bonos mores</i> . — 52. Caractère spécial du droit des successions à Rome, et conclusion.	
§ 2. MOTIFS DE LA PROHIBITION DU PACTE SUCCESSORAL DANS LE CODE CIVIL FRANÇAIS.	84
<i>Sommaire</i> : 53. Motifs de cette prohibition dans les anciens auteurs et dans le droit intermédiaire. — 54. Exposé des motifs du Code.	

Pages

civil. — 55-57. Arguments et controverse des commentateurs du Code. Lésion ou immoralité? — 58. Conclusion.

§ 3. MOTIFS DE L'ADMISSION DU PACTE SUCCESSORAL DANS LE DROIT CIVIL ALLEMAND	92
--	----

Sommaire : 59. Opinion de la doctrine allemande. — 60. Motifs du projet de loi successorale de Mommsen. — 61. Motifs du Code civil allemand.

CHAPITRE II. De lege ferenda, en Suisse.

§ 1. EXAMEN ET CRITIQUE DES DIVERS SYSTÈMES	98
---	----

Sommaire : 62. Motif réel de la prohibition des pactes successoraux en France. — 63. Absence d'un danger pour la vie humaine, spécial aux pactes successoraux. — 64-67. Autres motifs invoqués par les adversaires du pacte successoral : spéculation ; lésion ; désordre dans les familles ; restriction de la liberté de tester.

§ 2. CONCLUSION	109
---------------------------	-----

Sommaire : 68. Utilité et fréquence du pacte successoral. — 69. Motifs de son admission dans le Code civil suisse.

III^{me} PARTIE

NATURE JURIDIQUE DU PACTE SUCCESSORAL

CHAPITRE I^{er}. Nature et effet du pacte successoral.

§ 1. LE PACTE SUCCESSORAL ET LES AUTRES CONTRATS SUR SUCCESSION FUTURE	115
--	-----

Sommaire : 70. Généralités et définition du pacte successoral. — 71-72. Différences théoriques et pratiques entre le pacte successoral et le contrat sur la succession future d'un tiers.

§ 2. CARACTÈRES ET OBJET DU PACTE SUCCESSORAL	120
---	-----

Sommaire : 73. Généralités. — 74. Théorie de Hasse et de Beseler sur l'objet du pacte successoral. — 75. Conséquences inadmissibles de cette théorie. — 76. Comparaison du pacte successoral et du testament. — 77. Conclusion.

§ 3. EFFET DU PACTE SUCCESSORAL	128
---	-----

Pages

Sommaire : 78. Absence d'une obligation créée par le pacte successoral. — 79. Effet des contrats n'appartenant pas au droit des obligations.

CHAPITRE II. Conclusion et extinction du pacte successoral

§ 1. LE CONTRAT ET LE DROIT DES SUCCESSIONS 132

Sommaire : 80. Règles applicables au pacte successoral ; contrat et testament. — 81. Effet des conditions immorales, illicites ou impossibles. — 82. Conversion du pacte successoral nul en testament. — 83. Application de l'art. 1184 du Code civ. français au pacte successoral.

§ 2. CAPACITÉ NÉCESSAIRE POUR CONCLURE UN PACTE SUCCESSORAL. 140

Sommaire : 84. Capacité du *de cujus*. — 85. Capacité de l'autre partie. — 86. Capacité de la femme mariée.

§ 3. FORME DU PACTE SUCCESSORAL 144

Sommaire : 87. Opinion de la doctrine. — 88. Dans les législations.

§ 4. EXTINCTION DU PACTE SUCCESSORAL 148

Sommaire : 89. A. *Consentement mutuel des parties* ; forme de cette extinction. — 90-92. B. *Résiliation unilatérale* : 90. a) Cas d'une réserve faite par l'une des parties ; 91. b) Cas d'existence d'un motif d'exhérédation ; 92. c) Cas d'extinction ou de non-exécution d'une contre-prestation promise. — 93. C. *Mort de l'institué ou du légataire contractuels*. — 94. D. *Divorce ou nullité du mariage*.

CHAPITRE III. Des différentes espèces du pacte successoral 159

Sommaire : 95. Division des pactes successoraux d'après leur but et leur contenu. — 96. Division des contrats sur succession future d'après leur influence sur la délation.

CHAPITRE IV. Le contrat d'institution d'héritier et le legs contractuel.

§ 1. SYSTÈME DE LA DÉLATION CONTRACTUELLE 165

Sommaire : 97. Erreur de la doctrine et de la législation françaises au sujet de la nature de l'institution contractuelle. — 98. Assi-

milation de l'institution contractuelle au testament et théorie de Hartmann.

	Pages
§ 2. EFFETS DE L'INSTITUTION CONTRACTUELLE	175
<i>Sommaire</i> : 99. Absence d'un droit immédiat en faveur de l'institué. — 100. Droits de l'instituant sur ses biens après la conclusion du contrat. — 101-102. Droits de l'institué pour protéger son expectative du vivant de l'instituant; mesures conservatoires et provisionnelles; interdiction de l'instituant pour prodigalité. — 103. Droits de l'institué après la mort de l'instituant. — 104. Effets des dispositions au profit des tiers.	
§ 3. ADMISSIBILITÉ DU LEGS CONTRACTUEL.	188
<i>Sommaire</i> : 105. Arguments de Beseler et de Gerber contre le legs contractuel. — 106. Différences entre le legs contractuel et la donation entre vifs ou à cause de mort. — 107. Le legs contractuel dans la pratique, la doctrine et la législation.	
§ 4. NATURE ET EFFETS DU LEGS CONTRACTUEL	197
<i>Sommaire</i> : 108. Nature du droit du légataire contractuel. — 109. Révocabilité du legs contractuel.	

CHAPITRE V. Le pacte de renonciation.

§ 1. ADMISSIBILITÉ DU PACTE DE RENONCIATION	202
<i>Sommaire</i> : 110. Objections de Hartmann et de Unger. — 111. But et utilité du pacte de renonciation.	
§ 2. EFFETS DU PACTE DE RENONCIATION	207
<i>Sommaire</i> : 112. Exclusion de l'héritier renonçant. — 113. Effets du pacte de renonciation sur les descendants du renonçant. — 114. Effets du pacte de renonciation sur les cohéritiers du renonçant.	

APPENDICE. Du contrat sur la succession future d'un tiers

<i>Sommaire</i> : 115. Généralités. — 116. Prohibition du <i>pactum de hereditate tertii viventis</i> en droit romain. — 117. Le contrat sur la succession future d'un tiers dans les législations modernes. — 118. Admissibilité de ce contrat, <i>de lege ferenda</i> .	217
---	-----

CONCLUSION	229
LISTE DES OUVRAGES CONSULTÉS POUR CETTE ÉTUDE	233

*La Faculté de Droit autorise l'impression de la présente
dissertation, sans se prononcer, d'ailleurs, sur la valeur du
travail ni sur les opinions de l'auteur.*

Genève, le 28 octobre 1897.

Le doyen,

ALFRED MARTIN.