21009

FACULTÉ DE DROIT DE TOULOUSE

DES

SUBSTITUTIONS FIDÉICOMMISSAIRES

En Droit Romain

ET DANS NOTRE ANCIEN DROIT

DES SUBSTITUTIONS PROHIBÉES

Sous le Code Civil

Thèse pour le Doctorat

PAR

HENRI DE MARIBAIL

Avocat

TOULOUSE

IMPRIMERIE COOPÉRATIVE NOUVELLE. — S. BAYLAC, DIRECTEUR

23, Place du Marché-au-Bois et rue du Salé, 5.

—

1881

BIBLIOTHÈQUE UNIVERSITAIRE TOULOUSE

A MON PÈRE ET A MA MÈRE

A TOUS CEUX QUE J'AIME

FACULTÉ DE DROIT DE TOULOUSE

MM.

Bonfils, Doyen.
Dufour ✻, doyen honoraire, professeur de Droit commercial.
Molinier O ✻, professeur de Droit criminel.
Bressolles ✻, professeur de Droit civil.
Massol ✻, professeur de Droit romain.
Ginoulhiac, professeur de Droit français, étudié dans ses origines féodales et coutumières.
Huc, professeur de Droit civil.
Poubelle, professeur de Droit civil, en congé.
Rozy, professeur de Droit administratif.
Bonfils, professeur de Procédure civile.
Arnault, professeur d'Economie politique.
Deloume, professeur de Droit romain.
Humbert ✻, professeur honoraire, sénateur.
Paget, agrégé, chargé du cours d'Histoire générale du Droit.
Campistron, agrégé, chargé du cours de Droit civil.
Bressolles (Joseph), agrégé, chargé du cours de Droit romain.
Vidal, agrégé.
Wallon, agrégé, chargé du cours de Droit des gens.

Président de la Thèse : M. Massol.

Suffragants : MM. Dufour.
Ginoulhiac.
Campistron.
Joseph Bressolles.

La Faculté n'entend ni approuver ni désapprouver les opinions particulières du candidat.

« Les substitutions deviendraient un champ immense et « sans bornes si l'on prétendait parcourir toutes les espèces « qui peuvent s'y rencontrer ; c'est à la déduction claire et « lumineuse des règles capitales qu'il faut diriger principale- « ment ses efforts.

« Thévenot d'Essaule.

« *Traité des substitutions fidéicommissaires.* »

Des Substitutions Fidéicommissaires

PREMIÈRE PARTIE

DES SUBSTITUTIONS FIDÉICOMMISSAIRES

En Droit Romain

APERÇU HISTORIQUE SUR L'ORIGINE DES SUBSTITUTIONS FIDÉICOMMISSAIRES

SOMMAIRE

1. Substitution vulgaire. Son origine.
2. Substitutions pupillaire et exemplaire.
3. Substitution fidéicommissaire.
4. Les substitutions fidéicommissaires n'existaient pas à l'origine de Rome.
5. Liberté absolue du droit de tester.
6. Abus qui se produisent à la suite des conquêtes.
7. Remèdes : théorie de la copropriété des familles.
8. Exhérédation. Querela inofficiosi testamenti.
9. Loi Furia.
10. Loi Voconia.
11. Loi Falcidie.
12. Les fidéicommis ont pour but d'éluder ces lois.
13. Sanction des fidéicommis par la création d'un préteur fidéicommissaire.
14. Fidéicommis à terme, conditionnels, graduels.
15. On arrive à la substitution fidéicommissaire : *fideicommissum familiæ relictum.*
16. Elle est soumise aux règles générales des fidéicommis.

1. A Rome, chaque famille honorait les dieux d'un

culte particulier qui formait les *sacra familiæ*. Les vieux Romains tenaient essentiellement à perpétuer ce culte de génération en génération ; et, dans ce but, ils étaient toujours préoccupés par la pensée d'avoir un héritier qui fût le continuateur de leurs personnes et de leurs *sacra*. C'est dans cette influence des idées religieuses qu'il faut chercher l'origine des substitutions. On instituait un héritier dans son testament ; dans le cas où cet héritier renoncerait à l'hérédité ou serait incapable de la recueillir, on instituait une deuxième personne qui recueillerait, à défaut du premier institué. Pour plus de sûreté, on échelonnait ainsi plusieurs institutions : « *Potest autem quis in testamento suo plures gradus heredum facere, utputa : Si ille heres non erit, ille heres esto; et deinceps in quantum velit testator, substituere.* » (*Inst.*, II, 15, pr.) La première institution était pure et simple, les autres conditionnelles, à défaut de la précédente. Au dernier rang on plaçait souvent un esclave qui devenait libre par le fait de se trouver héritier de son maître, mais qui était héritier nécessaire.

Telle est la substitution que les Romains appelaient *vulgaire*, parce qu'elle était employée ordinairement, et *directe*, parce que le substitué recevait directement du testateur. En ce sens, substitution a son étymologie dans ces mots : *sub instituere ;* c'est une institution subordonnée à une ou plusieurs autres institutions.

2. Au reste, sous quelque forme qu'apparaisse la substitution, il faudra toujours supposer deux vocations, l'une subordonnée à l'autre. Mais outre la substitution

vulgaire, on distinguait encore la substitution pupillaire qui était une institution faite par le *paterfamilias* au patrimoine de son fils pour le cas où il mourrait impubère et par conséquent avant d'avoir pu lui-même instituer un héritier.

A l'exemple de la substitution pupillaire, Justinien en avait introduit une à peu près analogue et que les commentateurs ont appelée quasi-pupillaire ou exemplaire. C'était l'institution faite par un paterfamilias au patrimoine de son fils *furiosus*, dans le cas où ce fils mourrait avant d'avoir recouvré la raison.

3. Mais ce n'est pas de ces diverses substitutions que nous voulons nous occuper ici. Nous voulons étudier seulement la substitution que l'on qualifie de fidéicommissaire, au moyen de laquelle un testateur, après avoir institué un premier héritier, le charge de conserver et de rendre à sa mort tout ou partie de sa succession à un deuxième héritier. Il y a un premier appelé que l'on nomme grevé ou fiduciaire, un deuxième appelé que l'on nomme fidéicommissaire.

Ainsi entendue, la substitution ne s'applique pas uniquement aux hérédités, elle s'applique à tous les cas dans lesquels un légataire, un fidéicommissaire ou un donataire *mortis causa* serait appelé à défaut d'une autre personne que le testateur lui préfère. (L. 6, Cod. *de Leg.*) Dans ce sens, le mot ne dérive plus de *sub instituere* comme dans le cas des substitutions vulgaire et pupillaire, il dérive plutôt de *sub statuere*. L'idée générale qu'il exprime est celle d'une disposition subordonnée à une autre disposition qui la précède, et

on s'explique ainsi que les fidéicommis eux-mêmes aient été qualifiés substitutions. (Accarias, t. I, n° 364.)

Cependant il faut bien se garder de confondre le fidéicommis avec la substitution fidéicommissaire : ce serait une erreur grossière. L'héritier est obligé de livrer immédiatement la chose qui fait l'objet du fidéicommis. Dans la substitution fidéicommissaire, il n'en est pas de même ; il y a deux vocations : le premier appelé conservera la succession jusqu'à sa mort, pour la rendre à ce moment au deuxième appelé ou substitué.

Ces mots appelé, grevé, substitué, n'étaient pas connus en Droit romain, mais ils servent à caractériser exactement l'institution dont nous parlons et nous les emploierons dans le but de simplifier et mettre plus de clarté dans notre étude.

4. Ces quelques notions établies, nous arrivons à la rubrique de notre chapitre : quelle est l'origine des substitutions fidéicommissaires, existaient-elles au commencement de Rome ?

Non, les substitutions fidéicommissaires n'existaient point à l'origine de Rome et elles ne pouvaient point exister à cette époque : ce sont des dispositions qui se composent d'éléments divers dont la combinaison est déjà bien loin de la simplicité d'une législation qui commence à se former. L'un de ces éléments, la substitution vulgaire, dont nous avons déjà parlé, devait exister dès le commencement de Rome parce qu'elle avait déjà sa raison d'être dans l'importance extrême que les premiers Romains attachaient à ne pas mourir intestats. Mais l'autre élément de la substitution fidéicom-

missaire, le fidéicommis, n'existait point encore parce que les lois restrictives de la liberté de tester que le fidéicommis eut pour but d'éluder n'étaient pas encore promulguées.

5. Qu'est-ce que nous voyons, en effet, à l'origine de Rome? Nous voyons la liberté absolue du droit de tester : *uti legassit super pecunia tutelave suæ rei, ita jus esto.* (Loi des XII Tables, V, 3.) Et cependant, durant les premiers siècles de Rome, malgré cette liberté absolue de disposer par testament, les biens sont maintenus dans les familles, parce que la conservation des mœurs anciennes, l'esprit de tradition et le patriotisme des citoyens conserve l'ordre ordinaire des successions *ab intestat* dans les dispositions testamentaires.

Il faut dire, en outre, que la volonté du testateur devait être proclamée devant les comices qui se réunissaient deux fois par an à cet effet; et, alors même que le testateur aurait eu l'intention de régler sa succession d'après un ordre plus ou moins différent de celui qui était organisé par la loi des XII Tables, il ne l'eût point osé ; l'esprit de patriotisme, le respect des vieilles institutions l'eût arrêté.

6. Au début donc, et pendant près de trois siècles, les biens sont maintenus dans les familles patriciennes, le principe aristocratique et théocratique de la constitution romaine reste sain et sauf. Mais vers la fin de la république, l'influence de la conquête et des immenses richesses qui avaient été acquises, l'influence surtout des mœurs de la Grèce, ne tardent pas à transformer le caractère et la législation de

Rome. Le vieux culte de la loi des XII Tables n'est plus qu'un souvenir, les citoyens tiennent plus de compte de leurs affections naturelles que de leur passion politique et l'état de choses nouveau cesse d'être en harmonie avec les institutions anciennes. Alors, des excès se produisent, on voit fréquemment des pères ne se faire aucun scrupule d'exclure leurs enfants de leur succession et la liberté illimitée de tester amenant la désorganisation des familles devient un danger pour l'Etat.

7. On ne tarde pas à s'en apercevoir, on cherche des remèdes à cette situation critique. Une théorie nouvelle se fait jour qui considère la famille comme une société dans laquelle un seul, le *paterfamilias*, agit et commande dans l'intérêt de tous; les fils de famille ne sont point à la tête d'un patrimoine, mais ils travaillent à l'augmentation du patrimoine paternel; ils en sont donc copropriétaires, et en succédant au *pater* ils ne recueillent point un droit nouveau, ils prennent seulement l'exercice d'un droit qui leur appartenait déjà. (L. 11, D. *de Liberis et post.*)

8. Partant de cette idée, on exige d'abord que le père de famille qui veut déshériter ses héritiers siens les exhérède formellement et que cette exhérédation soit fondée sur des motifs légitimes, car, ou bien l'enfant exhérédé a mérité cette peine par sa conduite, ou bien le testateur a été entraîné par quelque captation étrangère. Dans ce dernier cas, il y a injure pour l'héritier sien; et, tenant compte de l'injure et de la captation, on considérait le testateur comme en état

de folie. Au moyen de ce prétexte, « *hoc colore* » disent les Institutes (II, 18, pr.), on ne peut pas encore demander la nullité complète du testament, on le fait seulement déclarer inofficieux et l'on rend une quote-part de la succession à l'héritier sien injustement exhérédé (1).

9. La *querela inofficiosi testamenti* marque le premier pas dans la voie des restrictions à la liberté absolue de tester; on va plus loin encore : un plébiscite, la loi *Furia testamentaria*, dont Gaius nous fait connaître les dispositions et que l'on suppose avoir été rendue vers 182 avant J.-C., défendit de faire des legs de plus de mille as au même légataire : « *Qua, exceptis personis quibusdam, plus mille assibus legatorum nomine mortisve causa capere permissum non est.* » (Gaius, C. II, 225.) Quelques proches parents étaient seuls exemptés des dispositions de cette loi, qui n'atteignit pas son but, puisqu'il suffisait au *de cujus* de multiplier les legs de mille as pour épuiser la succession.

10. Une autre loi, la loi Voconia, également appelée *testamentaria* (vers 114 av. J.-C.), fut proposée par le tribun Voconius Saxa à l'instigation de Caton qui la soutint, au rapport de Tite-Live, *voce magna et magnis lateribus*. (*Annales*, ch. 29.

(1) Cujas prétend que la *querela* aurait été introduite à Rome par une loi Glitia ; mais aucun texte ne vient confirmer cette origine. La nature timide, insinuante, de cette *querela* semble prouver au contraire qu'elle ne s'est introduite que peu à peu, tenant compte de l'injure faite au descendant omis, admettant le principe *ira furor brevis*, et rescindant le testament *hoc colore*.

liv. 41.) Elle enlevait aux femmes la capacité d'être instituées héritières ; mais elle ne s'appliquait qu'aux citoyens de la première classe, à ceux qui avaient plus de cent mille as. En empêchant ainsi la femme d'acquérir des biens, on avait surtout pour but de maintenir la fortune dans les familles aristocratiques. Cette loi contrariait les sentiments de la nature, elle fut vue défavorablement et les citoyens, pour l'éluder, imaginèrent de ne plus se faire inscrire sur le cens. Ainsi la loi Voconia finit par tomber en désuétude, et vers le deuxième siècle de notre ère, du temps d'Aulu-Gelle, elle n'est plus appliquée. Nous devons ajouter que, relativement aux legs, la loi Voconia contenait une disposition : « *Qua cautum est, ne cui plus legatorum nomine mortisve causa capere liceret, quam heredes caperent* (G., C. II, 226), disposition qui présentait un vice analogue à celui que nous avons déjà signalé dans la loi Furia.

11. Vint ensuite la loi Falcidie (40 av. J.-C.) qui, prenant pour base de ce qui devait être laissé à l'héritier l'actif net de la succession, déclara que, dans tous les cas et contre tous les légataires, l'héritier aurait le droit de retenir un quart des biens de la succession. La loi Falcidie, qui ne s'appliquait qu'aux legs, fut étendue par le sénatusconsulte Pégasien aux hérédités fidéicommissaires et aux fidéicommis.

12. Toutes ces lois et bien d'autres encore (1) qui

(1) Les lois *Ælia Sentia, Junia Norbana, Junia et Papia Poppœa* apportèrent des restrictions à la liberté de tester, mais on ne peut

furent promulguées dans la suite, constituaient autant de restrictions à la liberté absolue de tester, et l'on ne dut pas tarder à chercher le moyen de les éluder.

Ce moyen fut le fidéicommis : le testateur instituait un héritier capable de recevoir et le priait de rendre sa succession, ou une quote-part, ou un objet particulier, à une autre personne avec laquelle lui, testateur, n'avait point la *factio testamenti*. Ainsi le *de cujus* pouvait parvenir à gratifier les incapables, l'habitant des provinces, les femmes, les proscrits, les personnes incertaines, les affranchis déditices et Latins juniens, les célibataires et ceux qui n'avaient point d'enfants.

13. Longtemps ces dispositions, qui n'étaient qu'un désir du *de cujus* abandonné à la bonne foi, à la délicatesse de l'héritier, ne furent point obligatoires en droit civil et n'engendrèrent aucune action au profit du fidéicommissaire contre le fiduciaire. Cependant cette manière de disposer était vue de plus en plus favorablement; ceux qui manquaient à cette espèce de devoir moral qu'elle engendrait étaient flétris par l'opinion. Auguste donna l'exemple en exécutant un fidéicommis dont il avait été grevé dans le testament de Lucius Lentulus. (Inst. II, 25, pr.) Puis, dans quelques cas particuliers, soit par considération pour les personnes, soit parce que le *de cujus* avait fait jurer par Jupiter, par les Lares, par le salut du prince, le même Auguste ordonna aux consuls d'interposer

pas les considérer comme ayant motivé les fidéicommis, car elles sont contemporaines ou même postérieures à la sanction des fidéicommis par l'autorité d'Auguste. (Ortolan, t. II, n° 950.)

leur autorité pour faire respecter la volonté du défunt.

Au reste, ce n'était pas seulement par testament qu'on pouvait grever son héritier d'un fidéicommis, mais par toute espèce d'actes, par lettres, par paroles, soit en latin, soit en grec. Cette extrême latitude ne tarda pas à soulever des difficultés dans la pratique, et Auguste créa pour les régler un *prætor fideicommissarius* investi d'un pouvoir permanent, mais exceptionnel et extraordinaire. Ainsi le droit des fidéicommis s'établit, non point en vertu d'un texte législatif, d'un sénatusconsulte ou d'une constitution quelconque, mais par suite de cette dualité de la législation romaine au moyen de laquelle le droit prétorien va sans cesse corrigeant, modifiant et augmentant le droit civil.

14. D'habitude, un fidéicommis imposait au fiduciaire l'obligation de rendre immédiatement, mais on imagina bientôt des fidéicommis à terme, des fidéicommis conditionnels. Pouvant faire des fidéicommis à terme, on décida que ce terme pourrait être la mort du grevé. Le legs *post mortem heredis* est nul, *nam inelegans esse visum est ex heredis persona incipere obligationem*. (G., C. III, 101.) Les jurisconsultes romains faisaient le syllogisme suivant : un héritier ne doit pas avoir plus de droits que son auteur ; or, l'auteur n'avait pas ce droit dans son patrimoine, donc l'héritier ne doit pas l'avoir. La majeure est certaine, mais la mineure est fausse : un droit à terme est un droit existant. Il y avait encore un autre motif : les Romains ne recherchaient point si un droit existe, mais si une

action existe pour le sanctionner. Avant la mort pas d'action, donc pas de droit. Le legs *post mortem heredis* est nul, mais d'après le droit civil; pour le fidéicommis, qui est une institution prétorienne, il n'en est pas ainsi.

On ne tarda pas à aller encore plus loin : les fidéicommis devinrent graduels, c'est-à-dire qu'on transmettait les biens à un premier successeur qui était chargé de les conserver et de les rendre à sa mort à un second, celui-ci à un troisième, et ainsi de suite, indéfiniment, sans que les divers successeurs puissent les aliéner ou hypothéquer.

15. Et voilà les évolutions diverses par lesquelles on a dû passer pour arriver à la véritable substitution telle que nous l'entendons ; il y a dès lors un trait de temps entre l'acceptation du grevé et la restitution à l'appelé, il y a par conséquent gratification pour l'un et pour l'autre; il y a, de plus, création d'un ordre successoral particulier par la charge imposée au grevé de conserver les biens jusqu'à sa mort et de les rendre alors au premier appelé. Le donateur ou testateur s'érige ainsi en législateur et change à son gré l'ordre de succession établi par la loi.

Ce n'est plus le fidéicommis tel que nous l'avons analysé et d'après lequel le droit de l'appelé s'ouvrait au décès même du testateur; ici, le droit de l'appelé ne s'ouvre qu'à la mort du grevé. Ce genre de disposition ne portait pas en Droit romain le nom de substitution, on l'appelait simplement *fideicommissum*, en ajoutant certaines qualifications spéciales, comme, par

exemple : *fideicommissum perpetuo familiæ relictum.* On ne s'en servit que longtemps après Auguste et il n'en est question nulle part d'une manière spéciale, mais seulement dans quelques textes. (L. 77, §§ 4, 10, 31, 32, Dig., *de Legatis* 2°; L. 78, 3, *de Legatis* 2°.) Une fois acceptée cependant, la substitution est vue d'un œil de plus en plus favorable, surtout sous l'influence de la dissolution abominable qui avait succédé à l'ancienne austérité romaine, alors que les vieilles races tendent à disparaître et les fortunes à s'évanouir par les prodigalités excessives des fils de famille.

C'est au temps des Flaviens que la substitution fidéicommissaire apparaît bien nettement caractérisée, surtout par un texte de Marcellus où nous trouvons : « *Pater filium ex quo tres habebat nepotes heredem instituit fideique ejus commisit ne fundum alienaret et eum in familia relinqueret.* » Papinien nous dit également : « *Veto non fundus de familia exeat.* (*Quæstiones*, 1, 19.) Enfin, nous arrivons à une Novelle de Justinien sur laquelle nous aurons du reste à revenir, où nous lisons : « *Nullo tempore hanc rem alienari, sed aut apud heredes, aut apud successores illius cui relicta est permanere.* »

16. Voilà la substitution qui se faisait toujours à Rome dans la forme des fidéicommis, qui était soumise à leurs règles, qui n'était légalement qu'une variété de fidéicommis, mais avec des conséquences beaucoup plus éloignées et plus considérables.

Après cet aperçu historique que nous avons essayé

d'indiquer à grands traits, nous allons étudier les règles relatives à notre sujet, règles qui se trouvent disséminées dans la matière des fidéicommis. Nous examinerons successivement :

La forme des substitutions ;

Les personnes entre lesquelles elles peuvent avoir lieu ;

L'objet des substitutions ;

Les effets des substitutions ;

La durée des substitutions ;

L'extinction des substitutions.

CHAPITRE PREMIER

DE LA FORME DES SUBSTITUTIONS FIDÉICOMMISSAIRES

SOMMAIRE

17. Il n'y a pas de conditions de forme.
18. Dans quels actes peut-on faire une substitution?

17. A Rome, l'institution d'héritier n'était pas valable si elle n'avait pas été faite sous les conditions prescrites par la loi ; la forme était rigoureusement exigée. Pour les fidéicommis, il n'en était pas de même. Thévenot d'Essaule, qui a écrit sur notre sujet un livre remarquable, définit la substitution fidéicommissaire : « Une disposition de l'homme par laquelle, en gratifiant quelqu'un expressément ou tacitement, on le charge de rendre la chose à lui donnée à un tiers que l'on gratifie en second ordre. » Cette disposition par laquelle on gratifie quelqu'un peut donc être tacite. Non-seulement elle peut être tacite, mais même elle n'est soumise à aucune condition de forme. (L. 2, Cod. Com., *de Leg.*) Les termes de la disposition peuvent être impropres, pourvu que la volonté du testateur soit assez clairement manifestée : « *Voluntatis defuncti quæstio in æstimatione judicis est.* » (L. 7, Cod., *de Fideic.*) Il suffit de termes précatifs, de l'expression d'un simple désir.

de ces mots : « Je crois que vous donnerez... je sais que vous rendrez... » (L. 115 et 118, D., *de Leg.* 1°) « je ne doute pas que vous ne rendiez... » (L. 67, 10, D. *de Leg.* 2°) « je confie à la bonne foi de tel... » (Inst., II, 24, 3.)

Le Droit romain accordait une telle faveur aux testaments en général et aux fidéicommis en particulier qu'il allait même jusqu'à permettre aux juges d'établir un fidéicommis sur de simples conjectures (L. 64, D., *de Leg.* 2°). Il attachait un sens impératif aux diverses locutions précatives que nous venons de citer. On partait de ce principe qu'un testateur « est censé ne jamais rien écrire d'inutile quand il rédige ses dernières dispositions ; dès lors, les expressions qu'il a employées doivent être interprétées dans le sens le plus propre à leur donner les effets autorisés par la loi. Dans une législation qui permet les substitutions, on doit plutôt supposer à un testateur qui prie l'intention de faire une substitution de ce genre que celle de faire une disposition purement illusoire (1). » Nous verrons en son lieu comment et pourquoi, sous l'empire de notre Code civil, il n'en est plus de même.

Quoi qu'il en soit, la disposition qui renferme un fidéicommis peut être faite en langue latine ou en langue grecque, elle peut être verbale ou écrite, contenue dans un testament ou dans une lettre ; le fidéicommis peut être tacite, il peut même s'induire d'un simple geste. (Ulpien, Règ. XXV, 3.) Les lois romaines voient le

(1) Merlin, Rép., v° Subst. fid., sect. 8, n° 7.

fidéicommis d'un œil tellement favorable qu'elles n'exigent pas autre chose pour le valider que l'expression d'une manière quelconque de la volonté du disposant.

18. Nous devons dire toutefois que très fréquemment les fidéicommis se trouvaient renfermés dans des codicilles, d'où le nom *d'Epistolæ fideicommissariæ* qu'on donnait à ces derniers. Fidéicommis et codicilles sont, du reste, deux institutions corrélatives qui commencèrent à être en vigueur vers la même époque. Comme le fidéicommis, le codicille n'est soumis à aucune condition de forme : « *Codicilli nullam solemnitatem ordinationis desiderant.* » (*Inst.*, II, XXV, 3). — Il est vrai que plus tard une constitution de Théodose le Jeune exigea la présence de cinq témoins dans les codicilles qui n'étaient pas précédés par un testament, mais cette formalité n'est exigée que *ad probationem ;* à défaut de témoins, la preuve pourrait être faite par serment.

En dehors des codicilles, les substitutions fidéicommissaires qui ne sont que des dispositions testamentaires ne purent être renfermées que dans des actes de dernière volonté, testaments ou donations à cause de mort. Ce n'est qu'à partir de Dioclétien et Maximin qu'un rescrit déclara qu'on pouvait faire un fidéicommis par donation entre vifs.

La nécessité de rendre les substitutions publiques ne s'était pas encore fait sentir. Ce n'est que dans le cas où la substitution résultait d'une donation entre vifs qu'il y avait lieu de remplir la formalité de *l'insinuation*.

CHAPITRE II

DES PERSONNES ENTRE LESQUELLES PEUT AVOIR LIEU UNE SUBSTITUTION FIDÉICOMMISSAIRE

SOMMAIRE

19. Qui peut faire une substitution.
20. On ne peut grever que celui que l on a gratifié.
21. Qui est gratifié.
22. En faveur de qui peut-on faire une substitution.

19. Et d'abord, qui peut faire une substitution? Ulpien nous répond : « *Fideicommissum relinquere possunt qui testamentum facere possunt, licet non fecerint.* » (Règ. XXV, 4.) Pour faire un fidéicommis il faut donc avoir la *factio testamenti* active, et nous savons que les impubères, les femmes en tutelle, les fous, les prodigues, en sont privés.

Cependant, si le disposant acquiert la *factio testamenti* depuis qu'il a rédigé son codicille, ce codicille et le fidéicommis qu'il renferme seront valables par suite d'une espèce d'approbation tacite.

20. Le testateur ne peut grever d'un fidéicommis que celui auquel il laisse quelque chose : le fiduciaire, en effet, devra restituer ; or, pour restituer il faut avoir pris quelque chose dans la succession : *non recipiendum, ut cui nihil dederis, eum rogando obliges.*» (L. 1, 6, D., *de Leg.* 3°.)

Ce n'est point encore assez : il faut avoir reçu du *de cujus* à titre gratuit : « *Nemo oneratus, nisi honoratus.* » On ne peut être grevé qu'à la condition d'avoir été gratifié et dans les limites de la libéralité dont on a été l'objet : « *quia placet non plus posse rogari quem restituere quam ei relictum est.* » (L. 114, 3, D.. *de Leg.* 1°.)

21. Nous avons donc à rechercher tout d'abord qui est gratifié ? Celui-là est gratifié qui reçoit directement ou indirectement quelque chose du *de cujus* : ainsi l'héritier institué, le légataire, le donataire *mortis causa*, pourvu qu'il ait la *factio testamenti passiva*, et l'héritier *ab intestat* qui est censé recevoir du défunt tout ce que ce dernier ne lui a pas enlevé au profit d'un tiers.

Mais *quid* du patron sur la succession légitime de son affranchi ? Ici, il n'y a pas gratification : le patron a un droit sur la succession testamentaire ou *ab intestat* de son affranchi, il a une espèce de réserve qui fut d'abord de la moitié des biens, puis du tiers, sous Justinien, et voilà pourquoi l'affranchi instituant son patron ne peut le grever de fidéicommis que *usque ad debitam partem*, dans la limite de ce qui doit lui revenir en tant que patron. (L. 114, 1, D., *de Leg.* 1°.)

On considère encore comme gratifié celui qui acquiert indirectement par l'intermédiaire d'une personne gratifiée directement : ainsi, le père de famille qui acquiert en la personne de son fils, le maître de l'esclave institué qui acquiert l'hérédité en la personne de son esclave, peuvent être grevés d'un fidéicommis. Mais

qu'arrivera-t-il si le fils de famille a été émancipé, si l'esclave, avant l'adition, a été affranchi ou aliéné? Dans le cas d'émancipation du fils ou d'affranchissement de l'esclave, le dominus ou le pater ne serait pas tenu; l'esclave et le fils ne le seraient pas davantage, d'après le droit civil; mais on admet contre eux une action utile pour les forcer à supporter les charges de la succession : *pœnes eos enim quæritæ hæreditatis emolumentum remanet.* (L. 4, D., *de Leg.* 3°.)

Dans le cas où l'esclave aurait été vendu avant l'adition, le fidéicommis est à la charge du vendeur : il est, en effet, probable que celui-ci a calculé le prix de son esclave d'après la valeur que lui donnait sa qualité d'héritier au moment où la vente s'est effectuée.

22. Dans toute substitution le grevé est donataire en premier ordre, le substitué donataire en second ordre. En principe, on ne pourra donc faire une substitution qu'en faveur de celui qui a la capacité requise pour recevoir, qui peut être héritier, légataire, donataire, etc.

Cependant nous avons vu qu'à l'origine les fidéicommis étaient employés la plupart du temps pour éluder les prohibitions légales, les nombreuses incapacités de recevoir qui avaient été portées par le Droit civil : alors on disposait par fidéicommis même au profit des personnes privées de la *factio testamenti* passive, au profit de personnes incertaines, des posthumes externes, des pérégrins, des déportés, des individus frappés de la *maxima* et de la *media*

capitis diminutio, des personnes privées du *jus capiendi*, Latins Juniens, *cœlebes*, *orbi*, etc.

Une réaction devait nécessairement se produire. Comment comprendre, en effet, qu'au moyen d'un fidéicommis on pût violer impunément toutes les prohibitions qui avaient été portées par des lois régulières et encore parfaitement en vigueur? Cet état de choses devait cesser lorsque le fidéicommis, ayant été reconnu et sanctionné comme engendrant un droit, le législateur romain eut à s'occuper de le réglementer. Alors le sénatusconsulte Pégasien vint étendre au fidéicommis les incapacités qui frappaient les *cœlebes* et les *orbi*, d'après les lois Julia et Papia Poppœa. (G., C. II, 286.) L'héritier qui par fidéicommis tacite aurait aidé à frauder cette loi, était privé du droit de retenir la quarte Falcidie sur cette partie de l'hérédité qui aurait été transmise par fraude. (L. 11, D., *de his quæ ut indign. auf.*) Plus tard, le sénatusconsulte d'Adrien défendit de faire des fidéicommis en faveur des pérégrins, des personnes incertaines, des posthumes externes. (Gaius, C. II, 285 et 287.)

Enfin Justinien assimile les legs et les fidéicommis (1), ou plutôt il fond les deux institutions en une seule. On retrouve bien encore les mots legs et fidéicommis, mais il n'y a plus véritablement qu'un legs-fidéicommis soumis à des règles qui ne sont qu'une

(1) *Necessarium esse duximus omnia legata fideicommissis exæquare ut nulla sit inter ea differentia.* (*Inst.*, II, 20,3.)

combinaison de l'ancien legs et de l'ancien fidéicommis. (Accarias, I, 412.)

CHAPITRE III

DE L'OBJET DES SUBSTITUTIONS

SOMMAIRE

23. La substitution porte généralement sur des immeubles.
24. Peut-elle porter sur la chose d'autrui ?
25. Quelle est la part des biens du disposant qui peut faire l'objet d'une substitution ?
26. Le grevé ne peut être chargé de rendre plus qu'il n'a reçu.

23. On peut laisser par fidéicommis toutes sortes de biens meubles ou immeubles, corporels ou incorporels, pourvu qu'ils se trouvent *in commercio*. Ce n'est que dans le cas où le testateur aurait disposé d'une chose *extra commercium*, comme, par exemple, une *res publica*, une *res publica in usu publico*, une *res nullius*, que la disposition est nulle.

En général, il est vrai, la substitution fidéicommissaire ne portait que sur des immeubles, et le motif se tire sans doute de ce que l'on faisait peu de cas des meubles, *vilis mobilium possessio*, peut-être aussi de ce que les meubles se détériorent trop facilement pour que plusieurs générations puissent en faire usage. Quoi qu'il en soit, il n'y a que de rares exemples de substitutions portant sur des meubles. (L. 3, 4; D., *de Usuris*.)

Quelquefois la substitution peut porter sur une

somme d'argent (*Inst.* II, 24, pr.), sur un fait à accomplir par le fiduciaire, tel que l'affranchissement d'un esclave, sur un droit exclusif. (L. 29, D., *de Usu et Usuf.*) Ulpien (*Règles*, XXV, 5) nous dit d'une manière générale : « *Res per fideicommissum relinqui* « *possunt quæ etiam per damnationem legari pos-* « *sunt.* » Or, nous savons que le legs *per damnationem*, le plus large de tous, permet de léguer une chose future, la chose d'autrui, un simple fait. (Gaius, C. II, 202, 203.)

24. La substitution peut avoir pour objet la chose d'autrui (*Inst.*, II, 20, 4), à la condition que le testateur n'ait point ignoré que c'était la chose d'autrui. Gaius cependant (C. II, 262) semble être de l'avis de ceux qui font une différence entre le fidéicommis de la chose d'autrui et le legs de cette même chose. L'héritier est obligé de se procurer la chose d'autrui, de la fournir au légataire ou de lui en payer la valeur. Le fiduciaire, dans le cas où il ne pourrait se procurer la chose, ne serait point obligé d'en payer la valeur au fidéicommissaire, le fidéicommis serait éteint. Cette décision était assez peu logique, puisqu'on interprétait les fidéicommis d'une façon plus libérale que les legs. Toutefois, elle se comprenait dans le cas d'un fidéicommis de liberté ; car, la liberté ne s'estime pas en argent, comme le dit Gaius. (C. II, 2, 265.) Quoi qu'il en soit, une constitution d'Alexandre Sévère assimile le fidéicommis de la chose d'autrui au legs de cette même chose : la question ne souffre plus de doute.

25. Pour ce qui est de la part des biens du disposant sur laquelle peut porter une substitution, c'est sur la part libre seulement. Rappelons simplement que, d'après la loi Falcidie, l'ensemble des legs, et nous pouvons ajouter des fidéicommis, ne doit pas dépasser les trois quarts de l'hérédité. C'est au moment du décès du testateur qu'il faut se placer pour examiner si les legs dépassent les trois quarts du patrimoine et, dans l'affirmative, il y a lieu à réduction proportionnelle, de telle sorte que l'héritier retienne toujours le quart de l'hérédité. (Gaius, C. II, 225 à 227.)

26. Il nous reste maintenant à examiner si le testateur ne peut pas disposer de la chose de son héritier pour en faire l'objet d'une substitution. Nous pouvons supposer un grevé chargé de rendre une chose qui lui a été donnée précédemment par le testateur, dont il est propriétaire, et qui est, par conséquent, chose d'autrui ; puisqu'on entend par chose d'autrui la chose de l'héritier aussi bien que celle d'un étranger. Le grevé est-il obligé de rendre cette chose précédemment donnée? Il faut distinguer : si la chose précédemment donnée l'a été par une donation à cause de mort, celle-ci étant révocable au gré du disposant, la substitution *à fortiori* est valable; s'il y a eu donation entre vifs, la chose donnée l'est irrévocablement. Ici il faudra appliquer la règle que le grevé ne peut être chargé de rendre plus qu'il n'a reçu.

La loi 114, 3, *D., de Legatis* 1° prévoit l'hypothèse :

Un testateur avait légué un fonds à Primus et l'avait chargé de rendre à sa mort ce même fonds à Sempronius. En outre, il avait grevé Primus d'un fidéicommis de *cent* en faveur de Titius. *Quæritur, quid juris sit?* On répond : Si le testateur avait légué à Titius *cent* pris sur les fruits recueillis par le légataire, de telle sorte que le legs de *cent* fût à la charge des fruits, Titius pourrait le réclamer ; mais si le légataire Primus venait à mourir après avoir accepté le legs et sans avoir eu le temps de recueillir des fruits, le fidéicommis fait en faveur de Titius s'évanouirait : *quia placet non plus posse rogari quem restituere quam ei relictum est.* C'est la décision de Gaius (C. II, 261) et des Institutes : « *Hoc solum observandum ne plus quisquam rogetur alicui restituere quam ipse ex testamento ceperit, nam quod amplius est inutiliter relinquitur.* » (*Inst.*, II, 24, 1.) Mais pour que cette règle puisse recevoir son application, il faut que la comparaison s'établisse entre deux quantités : *Si quantitas cum quantitate conferatur.* Si le fiduciaire a reçu 100, il ne peut être chargé de rendre 200. Mais si ayant reçu 100 il est chargé de rendre une maison et qu'il accepte le legs de 100, il ne sera pas admis à faire valoir, au moment de la restitution, que sa maison vaut plus de 100. En acceptant le fidéicommis il a dû faire la comparaison, du moins il est censé l'avoir faite, et s'être soumis aux charges qui lui étaient imposées par le testateur. (L. 70, 1, D., *de Leg.* 2°.)

CHAPITRE IV

DES EFFETS DES SUBSTITUTIONS

SOMMAIRE

27. De la restitution.
28. Du *dies cedit* et du *dies venit* des fidéicommis.
29. Des effets du *dies cedit*.
30. Le droit de propriété du grevé n'est pas absolu.
31. *Quid* en cas d'aliénation ?
32. Des cas dans lesquels l'aliénation est permise.
33. De l'administration du grevé.
34. De quelle faute le grevé est responsable.
35. Des garanties qu'il doit fournir.
36. Du droit du fidéicommissaire.
37. De la restitution d'un fidéicommis particulier.
38. De la restitution d'un fidéicommis d'hérédité.
39. Du transfert des actions. — Vente fictive.
40. Système du sénatusconsulte Trébellien.
41. Sénatusconsulte Pégasien. — Ses divers cas d'application.
42. Législation de Justinien.

27. Le grevé recueille l'objet de la substitution à titre de propriétaire : « *Res quæ sub conditione legata est, interim hæredum est.* » (L. 12, D., *Fam. ercisc.*) Mais à côté de ce droit du grevé s'élève un droit parallèle, le droit de l'appelé par suite duquel la propriété du grevé est incertaine. Si l'appelé est vivant et capable à la mort du grevé, la condition de la substitution se trouvera réalisée et l'appelé sera investi d'un droit qui aura un véritable effet rétroactif. Nous avons déjà dit, en effet, comment l'appelé est l'ayant-

cause du disposant, comment il est investi de son droit *a gravante non a gravato.*

Mais ce droit n'est pas un droit de propriété comme celui qui appartient au légataire *per vindicationem,* le fidéicommissaire n'a qu'un droit de créance contre le fiduciaire ou ses héritiers à l'effet de se faire restituer les biens compris dans la substitution.

Et voilà le premier effet, le plus important de ceux que nous avons à étudier, la restitution, cette opération par laquelle s'effectue le passage des biens substitués des mains du fiduciaire aux mains du fidéicommissaire. Pour plus de clarté, nous examinerons d'abord à quel moment s'ouvre l'obligation de restituer, nous dirons ensuite quels sont les droits et les devoirs du grevé, quels sont les droits du substitué et comment s'opère la restitution.

I. — *Quand s'ouvre l'obligation de restituer.*

28. La théorie romaine du *dies cedit* et du *dies venit* s'applique aussi bien aux fidéicommis qu'aux legs. C'est une théorie, du reste, qui n'est pas spéciale à la matière des legs. Ulpien (L. 213, D., *De verb. signif.*) parle du *dies cedit* en matière de contrat : « *Cedere diem significat incipere deberi pecuniam. Venire diem significat eum diem venisse quo pecunia peti possit.* » Mais en matière de contrats, la théorie est bien moins importante qu'en matière de legs et de fidéicommis.

Dies cedit, dans notre matière, signifie que le droit

éventuel du fidéicommissaire est fixé. Les effets du *dies cedit* se produisent avant que le fidéicommissaire ait acquis un droit définitif, un droit pourvu d'une sanction. Le *dies cedit* détermine la fixation éventuelle de ce droit.

Il y a un fait juridique d'où dépend en Droit romain le *dies cedit* et le *dies venit*. Ce fait, c'est l'adition de l'hérédité. Ce n'est qu'au jour de l'adition que l'institué devient héritier ; il ne l'a pas été auparavant, c'est plutôt le *de cujus* dont la personne a été soutenue par l'hérédité.

Il n'en est pas de même chez nous, où l'acceptation n'est que l'abdication de la faculté de renoncer.

En Droit romain, les dispositions testamentaires à la charge de l'héritier ne sont exigibles qu'au jour de l'adition ; jusque-là, il n'y a pas d'héritier, il n'y a pas de débiteur. Or, si on avait retardé jusqu'à l'adition l'ouverture du droit au legs ou au fidéicommis, il eût été facile à l'héritier de faire tomber ce droit. Si, par exemple, le légataire était vieux ou malade, l'héritier n'aurait eu qu'à ne pas faire adition jusqu'après sa mort pour le priver de son legs, lui et ses héritiers. Très souvent encore on faisait des legs en faveur de personnes *alieni juris* : ces personnes acquièrent pour celui sous la puissance duquel elles se trouvent. Si le droit au legs ne s'était ouvert que par l'adition, l'héritier aurait pu attendre que le légataire *in potestate* ou *in mancipio* eût changé de maître ou fut devenu *sui juris* pour donner naissance à son droit. Le legs serait donc resté à la discrétion de l'héritier. C'est pour cela

qu'on place le *dies cedit* au moment du décès du testateur.

Nous devons faire ici une observation importante : Nous avons dit qu'un fidéicommis peut être mis à la charge d'un héritier *ab intestat :* alors, la disposition ne serait pas subordonnée à un testament, comme en matière de legs. Mais c'est la seule différence importante qu'on puisse signaler entre le *dies cedit* des legs et des fidéicommis.

Le *dies cedit* d'un fidéicommis pur et simple se place au moment du décès du disposant. (L. 5, D., *Quando dies leg.)* Auguste, pour modifier l'application des lois caducaires, retarda le *dies cedit* des legs jusqu'à l'*apertura tabularum*, trois ou cinq jours après le décès. Pourvu que le légataire fût en règle avec les lois caducaires au moment de l'*apertura tabularum*, il bénéficiait de son legs. On décida que cette loi ne s'étendrait pas aux fidéicommis.

Si le fidéicommis est à terme, le terme ne fait que retarder l'exigibilité du droit, lorsqu'il s'agit de ce terme *(ex die certo, in diem, post diem)* qui n'équivaut pas à une condition. Ici encore le *dies cedit* se place au décès du disposant.

Si le fidéicommis est subordonné à une condition ou à un terme équivalant à une condition, le *dies cedit* ne s'ouvre qu'à l'accomplissement de la condition. (L. 5, 2, D., *Quando dies leg.)*

29. Cela posé, les effets du *dies cedit* se ramènent aux trois points suivants : la transmissibilité, l'attribution, la consistance du fidéicommis.

D'abord, la transmissibilité : par suite du *dies cedit*, le droit éventuel au fidéicommis est fixé sur la tête du fidéicommissaire. Si donc l'on suppose que le fidéicommissaire meurt dans l'intervalle du *dies cedit* au *dies venit*, le droit au fidéicommis passe aux héritiers du fidéicommissaire. (L. 5, D., *Quando dies leg.)*

Quant à l'attribution, le *dies cedit* détermine la personne à laquelle profitera la disposition testamentaire. Supposons que le fidéicommissaire est un esclave, le fidéicommis profitera à celui qui avait l'esclave sous sa puissance au jour du *dies cedit*.

Enfin, pour ce qui est de la consistance, le *dies cedit* détermine les choses sur lesquelles doit porter le fidéicommis : si l'on suppose que la chose léguée a changé de valeur du moment du décès au moment de l'adition, les augmentations comme les diminutions de valeur seront pour le fidéicommissaire. (L. 12, D., *de Peculio legato.)*

Le *dies venit* marque l'échéance du droit, il rend le fidéicommis exigible. Il se place à une époque différente, suivant que le fidéicommis est pur et simple, à terme ou sous condition. Mais toujours l'adition doit avoir eu lieu, à moins qu'il n'y ait hérédité nécessaire ou fidéicommis *ab intestat*.

II. — *Des droits et devoirs du grevé.*

30. Le premier devoir du grevé est de restituer, et nous venons de voir à quel moment devait s'opérer la restitution.

Jusqu'à ce moment, le grevé est propriétaire, propriétaire conditionnel ou à terme, il est vrai, mais jouissant et administrant comme tel, *suo proprio nomine*.

De son côté, le substitué a un droit éventuel, déterminé par le *dies cedit*, un droit subordonné à cette condition qu'il survivra au grevé ; mais que le terme incertain de la mort du grevé arrive, que la condition de survie se réalise, le droit de créance du substitué, de conditionnel qu'il était, devient pur et simple, le droit éventuel devient définitif, le substitué va obtenir la restitution des biens compris dans la substitution, il va devenir propriétaire de ces biens et il faut qu'il les retrouve tels que le testateur les a laissés.

Donc, le grevé propriétaire des biens de la substitution n'avait pas sur ces biens un droit de propriété absolu ; il a dû conserver pour pouvoir restituer, il n'a donc pu aliéner. Et, dans le cas où il l'aurait fait, l'aliénation est nulle, parce qu'on ne peut transférer à autrui plus de droits qu'on n'en a soi-même.

31. Qu'arrivera-t-il si l'aliénation a eu lieu? Le substitué intentera contre l'acquéreur une action en restitution et celui-ci sera évincé. — Sous le droit classique, on n'accorde au substitué aucune action civile contre le grevé ; le substitué se fera envoyer en possession par le préteur, et s'il y a eu quelque préjudice causé il agira au moyen de la loi Aquilia. (L. 70, 1, D. ad sc. Trebell.; *Sent.* Paul.; IV, 1, 15.)

Mais le tiers acquéreur ne peut-il pas invoquer sa bonne foi? Il le peut, pourvu qu'il soit acquéreur à titre onéreux et sauf le recours du substitué contre le

grevé ou les héritiers du grevé. Sous Justinien, il n'en est plus de même : *Satis absurdum est et irrationabile rem quam in suis bonis pure non possidet, eam ad alios posse transferre... et alienam spem decipere.* (L. 3, 2, Cod. Com. *de Legatis.*) Le tiers acquéreur ne pourra plus invoquer sa bonne foi, il n'aura qu'un recours contre son vendeur, mais, s'il a acquis de bonne foi, il pourra exiger la plus-value que les biens ont pu recevoir pendant sa jouissance.

La même constitution déclare imprescriptibles les biens grevés de fidéicommis. (L. 3, 3, C. Com. *de Legatis.*)

Mais il peut se faire que le fidéicommissaire soit l'héritier du fiduciaire ; ne semblerait-il pas que, dans cette circonstance, le fidéicommissaire ne peut pas évincer les tiers, que ceux-ci pourront lui opposer la maxime : *Quem de evictione tenet actio eumdem agentem repellit exceptio ?* Nous ne le croyons pas, et il n'y a aucun texte qui nous autorise à le croire. Bien mieux, l'hypothèse que nous visons est véritablement celle de cette substitution qui a été introduite pour assurer la conservation des biens dans une famille. A Rome, cette substitution était vue très favorablement ; on s'efforçait de mettre les enfants à l'abri des conséquences funestes que pourraient avoir pour eux la mauvaise gestion ou l'inconduite du père ; pourquoi supposer dans ce cas une dérogation à la règle ordinaire ? Du reste, la constitution que nous avons citée plus haut est formelle : *in his omnibus casibus, legatario quidem vel fideicommissario omnis licentia*

pateat rem vindicare, et sibi adsignare, nullo obstaculo ei a detentoribus opponendo. (L. 3, 3, *in fine* C. Com. *de Legatis.*)

32. Donc, en principe, les biens grevés de substitution sont frappés d'indisponibilité entre les mains du fiduciaire. Mais cette indisponibilité n'est que relative et nous devons examiner divers cas où, par exception, l'aliénation est permise :

1° Tout d'abord, il faut rappeler la règle : *Nemo liberalis, nisi liberatus.* Si le testateur a laissé des dettes, ces dettes seront payées par les biens libres en premier lieu, et par les biens substitués si les biens libres sont insuffisants.

2° L'aliénation est permise pour cause de dot, si le grevé est fils ou fille du disposant. Ulpien prétend que, dans ce cas, la dot *non potest dici in evertionem fideicommissi factam, quod et mulieris pudicitiæ et patris voto congruebat.* Toutefois, il n'en serait pas ainsi si le grevé avait des biens personnels suffisants pour se constituer une dot, ou s'il avait pu se la constituer par la perception des fruits de la masse héréditaire. (L. 22, 4, ad sc. Trebell.)

Justinien, toujours préoccupé de favoriser les mariages, permit l'aliénation même pour donation à cause de noces. (Nov. 39, ch. 1.)

3° Le grevé peut encore aliéner les biens compris dans la substitution avec le consentement de tous les appelés. Mais, il faut que le consentement soit sérieux et clairement manifesté ; la présence de l'appelé à l'acte d'aliénation ne dénoterait pas de sa part un consente-

ment suffisant. Il faut, en outre, que tous les appelés soient vivants et capables de consentir, ce qui est évidemment impossible lorsque la substitution est perpétuelle.

Supposons un seul appelé, lequel a consenti à l'aliénation; il n'a aucune action en répétition sur le prix, à moins qu'en donnant son consentement il n'ait fait des réserves expresses à ce sujet. Cette solution s'appuie sur un texte formel. (L. 88, 14. D., *de Legatis* 2°). Et ce texte n'est pas contredit par la loi 92, pr. D., *de Legatis* 1° qui prévoit le cas où l'aliénation des biens substitués a été faite pour payer des dettes héréditaires : *Mercatus sit propter æs alienum hereditarium.*

4° Enfin, le grevé peut aliéner pour la durée de son droit, parce que dans ce cas il ne transfère point plus de droits qu'il n'en a lui-même. (L. 12, 2, Dig., *Familiæ ercisc.*)

Quant aux affranchissements faits par le grevé, on a prétendu qu'ils n'étaient pas valables, en se fondant sur un argument d'analogie tiré de la loi 11. D. *de Manumissionibus : « Servum, qui sub conditione legatus est, interim, heres mamumittendo, liberum non facit.* » Mais cet argument tombe devant un texte formel : l'affranchissement fait par le grevé est maintenu : « *Libertate favore sui servata.* » Ce qui n'est pas permis en matière de legs conditionnel, est permis en matière de fidéicommis, parce que le legs est de droit étroit, tandis que les fidéicommis sont fondés plutôt sur l'équité. Les héritiers du grevé devront seulement

payer aux appelés le prix de l'esclave affranchi, *ne factum cujusquam alteri damnum adferat.* (L. 25, 2, D. ad sc. Trebell.)

33. De tout ce qui précède il résulte que le grevé de substitution recueille les biens substitués et en jouit à titre de propriétaire, mais qu'il n'en est que l'administrateur. Nous devons donc étudier maintenant quels sont les droits et les devoirs que lui confère son administration.

Le grevé doit apporter à la gestion des biens frappés de substitution le même soin qu'il apporte à ses propres affaires ; il est tenu d'agir, de veiller pour que l'appelé n'ait à supporter aucun préjudice résultant de sa mauvaise administration. S'il y manque, il commet une faute. Or, les jurisconsultes romains distinguent deux degrés de faute : la faute lourde, *culpa lata, culpa magna;* la faute légère, *culpa, culpa levis, culpa levissima;* et, ils mesurent ces degrés de faute ou bien d'une façon absolue en considérant la manière d'agir des hommes en général, *in abstracto;* ou bien d'une façon relative, en s'attachant au caractère et aux habitudes de la personne dont ils veulent apprécier la conduite, *in concreto.* La faute est lourde *in abstracto,* si le commun des hommes ne l'eût point commise; elle est légère, si un père de famille diligent eût pu la commettre. La faute est lourde *in concreto,* si l'individu qui l'a commise n'a pas porté dans le fait qu'on lui reproche autant de soins qu'il a coutume d'en apporter à ses propres affaires; la faute est légère *in concreto,* s'il a, au contraire,

apporté le même soin qu'à ses propres affaires. (Ortolan, t. II, n° 1063 et suiv.)

34. Cela étant posé, de quel genre de faute est tenu le fiduciaire par rapport aux biens de la substitution qu'il est chargé d'administrer?

Un premier texte nous répond que le grevé est responsable *non solum ea culpa quæ do'o proxima, verum etiam quæ levis est.* (L. 47, 5. D., *de Leg.* 1°.)

Un autre texte nous dit que l'héritier chargé de restituer, doit rendre compte de sa faute : *culpæ plane reddere rationem; sed ejus quæ dolo proxima.* (L. 22, 3, D., ad sc. Treb.)

Il n'y a pas antinomie entre ces deux textes, et dans la loi (108, 12, D., *de Leg.* 1°), Africain concilie : le premier texte suppose un legs ou un fidéicommis d'un objet particulier ; il y a là ce que nous appelons aujourd'hui un contrat ou une opération à titre commutatif, pour l'avantage réciproque de chaque partie. Chacune est tenue non-seulement de son dol, mais encore de sa faute, appréciée d'une manière absolue. Le second texte, la loi 22, suppose un fidéicommis d'hérédité, et, dans ce cas, le fiduciaire administre dans l'intérêt d'autrui ; il y a simplement contrat ou opération de bienfaisance à l'avantage d'une seule des parties, le fidéicommissaire; et le fiduciaire n'est tenu que de son dol ou de la faute équivalente au dol : « *Si quidem utriusque contrahentibus commodum versetur, etiam culpa; sin unius solius, dolus malus tantummodo præstetur.* » Cette règle est, du reste, reproduite dans divers textes par Gaius, Paul, Ulpien et

Modestin. (L. 5, 2; L. 18. D., *Commodati;* L. 17, pr. D., *de jure dolium;* L. 1, 5, D., *de Obligationibus.*)

Dans la substitution, telle que nous l'entendons, le grevé n'agit pas seulement dans l'intérêt du fidéicommissaire, il est donc tenu non-seulement de son dol, mais de toute faute qu'un père de famille diligent n'eut point commise. Ces réserves établies, son droit d'administration est très large. Il exploite, empêche les prescriptions, fait les baux à valoir seulement *pendente conditione,* pour le temps de sa jouissance seulement, il recouvre les dettes exigibles, il peut même vendre dans certains cas : lorsque les biens sont sujets à dépérissement ou lorsqu'ils ne produisent qu'un revenu inférieur; il vend également les récoltes, fruits, denrées. Il doit acquitter les dettes payables par annuités, impôts, pensions alimentaires, intérêts d'une dette non remboursable. Quant aux réparations, il est tenu de faire à ses frais celles qui sont à la charge de l'usufruitier, c'est-à-dire les petites réparations et les réparations d'entretien. Pour les grosses réparations, en tant qu'administrateur il doit également les faire, mais sauf son recours contre le fidéicommissaire pour obtenir une juste indemnité.

Nous supposons que le grevé a droit aux fruits; ce qui a lieu le plus ordinairement (L. 3, 2, ad sc. Treb. ; L. 18, 2, eod. tit.). Mais tout dépend de la volonté du disposant qu'il faut interpréter pour savoir s'il a voulu que le fiduciaire profite des fruits. Si, par exemple, le testateur a chargé Titius de restituer son hérédité à Seius, on décide que Titius a droit aux

fruits, parce que l'hérédité est une entité juridique parfaitement déterminée au décès du testateur.

35. Le grevé ayant un pouvoir d'administration très large, il était tout naturel qu'on exigeât de lui des garanties en cas de mauvaise gestion. C'est pour cela que tout fiduciaire est obligé de donner caution, à moins qu'il n'en ait été expressément dispensé par le disposant : « *Satisdationes, quæ voluntatis defunctorum tuendæ gratia in legatis et fideicommissis introductæ sunt, eorumdem voluntate remitti possunt.* » (L. 2, Cod., *Ut in possessionem.)* Cette caution doit être fournie avant d'entrer en possession des biens substitués.

Le paterfamilias fiduciaire seul est dispensé de la fournir, *quia cautiones non poterant interponi conservata patria potestate.* (L. 50, D., ad sc. Treb.)

Le grevé doit donner caution ; si la substitution est graduelle, le deuxième, le troisième grevé doivent également la fournir. (L. 69, 3. D., *de Leg.* 2°.) Cette caution peut être exigée par les intéressés : les appelés seuls, si c'est l'héritier qui est grevé ; les appelés et l'héritier, si c'est un légataire qui est grevé. La loi 69, 3, nous dit qu'on demandera cette caution par l'exception de dol : si c'est un légataire qui est grevé et qui agit contre l'héritier en délivrance des biens substitués sans offrir la caution ; l'héritier pourra en effet repousser la demande par l'exception de dol. Mais qu'arrivera-t-il si c'est l'héritier lui-même qui est grevé ? L'appelé aura deux moyens : ou bien il agira en délivrance des biens en soumettant

au juge la question préalable : *nisi heres caveat se bona restiturum;* ou bien il agira simplement en délivrance des biens. L'héritier repoussera par l'exception *quod primo loco sit*, et l'appelé répliquera *quod heres non caveat se bona restiturum*. La caution sera donnée aux appelés s'ils existent et se trouvent désignés nominativement. Si les appelés sont encore à naître, la caution sera donnée à l'héritier; et, si l'héritier est grevé, à un esclave public.

III. — *Des droits du fidéicommissaire ou appelé.*

36. Dans l'intervalle qui s'écoule entre le *dies cedit* et le *dies venit*, et jusqu'au jour du *dies venit*, le fidéicommissaire n'a qu'un droit éventuel subordonné à l'extinction du droit du fiduciaire. Lorsque le droit du fiduciaire s'éteint, il est censé n'avoir jamais existé; lorsque le droit du fidéicommissaire s'ouvre, il est censé, au contraire, avoir toujours existé. Mais jusqu'à ce moment, le fidéicommissaire n'ayant pas de droits acquis ne peut exercer aucune action, sauf les actions conservatoires.

Or, le droit du fiduciaire s'éteint et le droit du fidéicommissaire s'ouvre ordinairement par le décès du fiduciaire, quelquefois par la cession anticipée et volontaire faite par le fiduciaire au fidéicommissaire (L. 12, C., *de Fideic.)*. Cependant, cette cession anticipée ne peut avoir lieu qu'autant qu'elle n'est pas préjudiciable au fidéicommissaire : si, par exemple, il y avait plusieurs appelés en même temps, la mort de l'un d'eux

pouvant profiter aux autres, la remise anticipée ne serait pas possible. (L. 114, 11, D., *de Leg.* 1°.)

Les choses peuvent se passer différemment : la condition de survie du fidéicommissaire peut ne pas se réaliser. Supposons qu'il meure avant le *dies venit*, le fidéicommis est caduc. Et il n'y a pas à vouloir distinguer entre le fidéicommis qui résulte d'une disposition de dernière volonté et le fidéicommis qui est fait par donation entre vifs. Le fidéicommis est essentiellement une disposition testamentaire et il ne change pas de nature parce qu'il peut être fait par donation entre vifs.

Le fidéicommissaire est l'ayant-cause du disposant ; les biens qui font l'objet de la substitution, il est censé les tenir non pas du grevé mais du testateur, en sorte que le fiduciaire n'est pas un donateur mais un débiteur vis-à-vis du fidéicommissaire. En tant que débiteur, il doit payer sa dette, c'est-à-dire restituer l'objet du fidéicommis, et puisqu'il n'est pas donateur, puisqu'il ne fait que remplir une obligation, il ne peut imposer de son chef aucune charge à son créancier, le fidéicommissaire. Bien mieux, si le fidéicommissaire est l'héritier du fiduciaire, les biens qu'il recueillera au premier titre n'entreront pas dans le calcul de la Falcidie.

Il y a cependant une espèce de fidéicommis où il semblerait que le fiduciaire peut être considéré comme donateur, nous voulons parler du fidéicommis d'option : le disposant donne au fiduciaire le droit de choisir parmi certaines personnes celle à laquelle il remettra l'objet du fidéicommis. Même dans cette

hypothèse, le fiduciaire est débiteur, il n'a que le droit de choisir son créancier. (L. 67, D., *de Legatis* 1°.)

IV. — *Comment s'opère la restitution.*

37. Les fidéicommis peuvent être assimilés à l'institution d'héritier ou au legs : à l'institution d'héritier, lorsqu'ils ont pour objet l'hérédité entière ou une quote-part de l'hérédité; aux legs, lorsqu'ils ont pour objet un corps certain, une chose déterminée. Dans le premier cas, il y a hérédité fidéicommissaire, *fideicommissaria hereditas;* dans le second, fidéicommis particulier, *fideicommissum singulæ rei*. C'est de la restitution d'un fidéicommis particulier que nous allons nous occuper tout d'abord.

Un fidéicommis particulier peut avoir pour objet un corps certain, un fonds de terre, par exemple ; dans ce cas, la restitution portera sur ce fonds de terre avec ses augmentations, alluvions, etc. *Sæpe legatum plenius restituetur fideicommissario quam esset relictum, veluti si alluvione ager auctus est, vel insulæ natæ*. (L. 16. D., *de Legatis* 3°.) Par contre, le fiduciaire ne répond pas des détériorations qui ont pu arriver par cas fortuit, à moins qu'il n'ait été mis en demeure d'effectuer la restitution. (L. 47, 6, D., *de Leg*. 1°.)

Un fidéicommis particulier peut avoir pour objet une universalité susceptible d'augmenter ou de diminuer, comme un pécule, un troupeau. Dans ce cas, le *dies cedit* détermine la consistance du fidéicommis ; et, à

partir du *dies cedit*, les augmentations et les diminutions sont pour le fiduciaire.

Un fidéicommis particulier peut enfin avoir pour objet une chose de genre : le fiduciaire devra alors restituer la quantité désignée.

Mais comment se fera la restitution ? Elle se fera par un mode translatif de propriété : le fidéicommissaire particulier sera investi par une *mancipatio* ou par une *traditio*, suivant que l'objet du fidéicommis sera une *res mancipi* ou une *res nec mancipi;* il pourra encore être investi par une *in jure cessio*.

38. Voilà pour le fidéicommis particulier. S'il s'agit d'un fidéicommis d'hérédité, l'héritier pourra procéder à la restitution par des translations de propriété; mais cela n'est pas absolument nécessaire. L'héritier pourra encore mettre le fidéicommissaire ou le laisser se mettre lui-même en possession des objets corporels de la succession, ou bien même il se contentera de déclarer personnellement ou par un intermédiaire, verbalement ou par écrit, qu'il entend restituer. (L. 37, pr., ad sc. Trebell.) Par suite, les objets corporels de la succession passent dans les biens du fidéicommissaire, encore que celui-ci ne les détienne pas. (L. 63, pr., ad sc. Trebell.) L'accord des volontés suffit ici pour transférer la propriété : c'est un cas unique en Droit romain. Quand il s'agissait d'un fidéicommis d'hérédité, la restitution, en effet, portait sur le *jus hereditarium;* la tradition matérielle n'étant pas possible, la volonté des parties opérait une *quasi-tradition*.

39. Mais une fois l'hérédité restituée, le fiduciaire n'en reste pas moins héritier ; d'après les principes rigoureux du Droit civil, c'est lui seul qui continue de représenter le défunt, c'est à lui seul qu'appartiennent les actions actives ou passives qui appartenaient au *de cujus*. Même après la restitution, le fiduciaire peut donc seul poursuivre les débiteurs de la succession, seul il peut être poursuivi par les créanciers. Il fallait trouver un moyen pour investir le fidéicommissaire des actions actives et passives qui dépendaient de l'hérédité. La pratique imagina d'abord une vente fictive, *nummo uno,* qui avait lieu entre l'héritier et le fidéicommissaire ; cette vente était accompagnée des stipulations réciproques qui intervenaient ordinairement entre le vendeur et l'acheteur d'une hérédité. L'héritier, comme vendeur, stipulait que le fidéicommissaire l'indemniserait de tout ce qu'il serait obligé de payer aux créanciers de la succession, qu'il le défendrait même contre leurs poursuites ; le fidéicommissaire stipulait à son tour que l'héritier lui rembourserait tout ce qu'il toucherait en qualité d'héritier et qu'il lui permettrait même de poursuivre les créances héréditaires *procuratorio aut cognitorio nomine*. (Gaius, C. II, 252.) De cette façon le fidéicommissaire n'a pas l'exercice des actions héréditaires, mais par son recours contre le fiduciaire il en obtient le bénéfice ; le fiduciaire également peut être poursuivi par les créanciers de la succession, mais par son recours contre le fidéicommissaire il ne supportera pas les dettes héréditaires. Toutefois, ce

système présentait de graves inconvénients en cas d'insolvabilité, soit de l'héritier, soit du fiduciaire ; il devenait la source de procès sans fin, et pour éviter ces ennuis il arrivait souvent que l'héritier refusait de faire adition, de sorte que le testament tombait et avec lui le fidéicommis qu'il renfermait.

40. Vient alors le sénatusconsulte Trébellien rendu du temps de Néron (815 de Rome ; 62 de J.-C.), en vertu duquel la restitution de l'hérédité entraînera le transport des actions actives et passives sur la tête du fidéicommissaire. Seulement, comme le fidéicommissaire n'est pas héritier, qu'il n'est que *loco heredis*, le préteur ne lui donnera ces actions que comme actions utiles supposant une qualité qui n'existe pas. Ainsi le vieux droit et le principe *semel heres semper heres* seront respectés ; l'héritier, après avoir restitué, sera encore investi de toutes les actions civiles, actives ou passives, de l'hérédité, mais s'il agit contre les débiteurs héréditaires ou si les créanciers de la succession viennent à agir contre lui, il sera repoussé ou il repoussera leur demande par une exception *restitutæ hereditatis*.

Sous l'empire du Trébellien, l'héritier n'a pas à craindre l'insolvabilité du fidéicommissaire ; mais s'il a été chargé de rendre l'hérédité entière, ou si le défunt ne lui a fait qu'une libéralité de peu d'importance, il n'aura aucun intérêt à faire adition, et en s'abstenant il fera tomber le fidéicommis aussi bien que toutes les autres dispositions du testament.

41. C'est pour remédier à cet inconvénient que fut

rendu le sénatusconsulte Pégasien, sous le règne de Vespasien, en 73 de notre ère. Ce sénatusconsulte décréta que l'héritier prié de restituer l'hérédité pourrait en retenir le quart, comme il était permis de le faire sur les legs, en vertu de la loi Falcidie. Nous venons de voir le Trébellien mettre le fidéicommissaire *loco heredis;* le Pégasien, à son tour, par l'extension aux fidéicommis de la loi Falcidie, traite ce fidéicommissaire comme un légataire et le met en quelque sorte *loco legatarii*. Et ainsi s'explique le paragraphe suivant des Institutes : « *Restituta autem hereditate, is quidem qui restituit nihilominus heres permanet : is vero qui recipit hereditatem, aliquando heredis, aliquando legatarii loco habebatur.* » (*Inst.*, II, 23, 3.) Mais si le fidéicommissaire est assimilé à un légataire et non pas à un héritier, comment aura-t-il les actions actives et passives pour sa part? Le Pégasien continue l'assimilation : le fidéicommissaire recevant une quote-part de l'hérédité, les trois quarts, sera considéré comme un légataire partiaire. Les actions ne se diviseront pas, mais il y aura lieu aux stipulations *partis et pro parte*, par lesquelles l'héritier et le fidéicommissaire s'engageront *de lucro et damno pro rata parte communicando*. Ces stipulations, que Théophile nous a conservées dans sa paraphrase, avaient lieu à peu près en ces termes : « Les sommes que tu auras obtenues de tout débiteur héréditaire, promets-tu de m'en donner telle part? — Je promets. » — « Les sommes que j'aurai été obligé de payer à tout créancier héréditaire, promets-tu de m'en donner telle part?

— Je promets. » (Théophile, II, 23, § 6.) Ce sont là les stipulations que les Institutes, d'après Papinien, qualifient de *captieuses*, tant pour l'héritier que pour le légataire ; si l'un d'eux, en effet, était insolvable, l'autre perdait la part de la créance ou de la dette dont on lui devait compte.

Malgré cette faculté qu'on lui accorde de retenir la quarte, l'héritier peut refuser de faire adition, en alléguant que l'hérédité lui paraît suspecte ou onéreuse. Le sénatusconsulte Pégasien porte que, dans ce cas, si le fidéicommissaire le demande, l'héritier institué sera forcé de faire adition par ordre du préteur, il restituera l'hérédité entière, et les actions seront données alors à celui et contre celui qui recevra l'hérédité, comme sous l'empire du Trébellien. (*Inst.*, II, 23, 6.)

En somme, le sénatusconsulte Pégasien n'abrogeait pas le sénatusconsulte Trébellien : ils se rapportaient à des hypothèses différentes. Rien, ce semble, n'eût été plus facile que d'appliquer simultanément les deux sénatusconsultes, puisque leurs décisions n'avaient rien d'incompatible. Les Romains ne le firent pas et je ne puis dire si cette jurisprudence ne fut que le résultat d'une interprétation arbitraire, ou si elle avait sa source dans les termes mêmes du sénatusconsulte Pégasien. (Accarias, n° 407.) Quoi qu'il en soit, on distingua quatre cas d'application des sénatusconsultes (§ 6, *hoc titulo*) :

Premier cas. — L'héritier institué n'a pas été chargé de restituer plus des trois quarts, il fait adition volontaire. C'est le cas du Trébellien : les actions sont

données à chacun et contre chacun d'eux, en proportion de sa part ; contre l'héritier, d'après le droit civil, et contre le fidéicommissaire, d'après le sénatusconsulte Trébellien, en le considérant *loco heredis*.

Deuxième cas. — L'héritier a été chargé de restituer plus des trois quarts; il fait adition volontaire en retenant sa quarte, d'après le Pégasien. Il est héritier, c'est en sa personne que continuent de résider les actions actives et passives ; il y a lieu alors entre lui et le fidéicommissaire aux stipulations *partis et pro parte* dont nous avons parlé plus haut.

Troisième cas. — L'héritier a été chargé de restituer l'hérédité tout entière, il fait adition et ne retient pas sa quarte, comme il en aurait le droit d'après le Pégasien. Ce fait de ne pas retenir sa quarte n'empêche pas qu'il ne conserve sa qualité d'héritier avec les prérogatives et les actions qui y sont attachées ; il y a lieu aux stipulations *emptæ et venditæ hereditatis*. Modestin paraissait cependant être d'avis que, dans ce cas, l'héritier faisant volontairement restitution de la totalité de l'hérédité, il fallait appliquer le sénatusconsulte Trébellien et transférer les actions pour ou contre le fidéicommissaire. Mais il ne considérait pas lui-même cet avis comme bien sûr, car il conseillait immédiatement un autre expédient, celui de faire adition comme contraint par l'ordre du préteur. (L. 45, D., ad. sc. Tréb. ; Ortolan, note, n° 965.)

Quatrième cas. — L'héritier institué refuse de faire adition sous prétexte que l'hérédité lui paraît suspecte d'être onéreuse. Il ne fait adition que *jussu*

prætoris et le Pégasien lui refuse, dans ce cas, tout droit à la quarte. Mais, par suite, il restituera *ex Trebelliano*, et les actions seront transférées au fidéicommissaire et contre lui, *perinde ac juris ex Trebelliano senatusconsulto;* l'héritier n'aura aucun bénéfice, mais il ne courra aucune chance de perte.

42. Nous arrivons ainsi à la législation de Justinien. Celui-ci ne manque pas de critiquer les stipulations auxquelles donnaient lieu les deux sénatusconsultes. Il déclare que le sénatusconsulte Pégasien, le plus récent, est abrogé, que le sénatusconsulte Trébellien conservera une autorité exclusive. En réalité, et bien qu'en disent les Institutes, les dispositions des deux sénatusconsultes se trouvent mêlées et confondues, de telle sorte que, dans tous les cas, l'héritier, en restituant l'hérédité, pourra retenir et compléter sa quarte ; les actions se divisant entre le fidéicommissaire et l'héritier, en proportion de la part de chacun, comme d'après le Trébellien. — Si l'héritier restitue volontairement toute l'hérédité sans vouloir retenir la quarte à laquelle il a droit, toutes les actions passent en la personne du fidéicommissaire. — Enfin, si l'héritier refuse de faire adition, il pourra y être contraint comme autrefois : *Nullo nec damno nec commodo apud eum remanente.* (§. 7, *in fine, hoc titulo.*)

Nous ne terminerons pas cet exposé sans noter au passage un paragraphe des Institutes qui rentre entièrement dans notre sujet ; c'est le suivant : *Eum quoque cui aliquid restituitur, potest rogare ut id rursum alii, aut totum, aut proparte, vel etiam ali-*

quid aliud, restituat (§ 11, *hoc tit.*). On suppose plusieurs fidéicommissaires, le premier chargé de rendre au second tout ou partie de la succession, et l'on se demande si le premier fidéicommissaire a le droit de retenir une nouvelle quarte. Non, la loi Falcidie, accordant une quarte à l'héritier, n'a eu pour but que de continuer les traditions romaines si favorables à l'hérédité testamentaire et d'assurer la continuation de la personne juridique du défunt. On voulait que le défunt eût un héritier ; peu importait, du reste, qu'il laissât ou non un fidéicommissaire. Cette différence entre l'institution d'hérédité et le fidéicommis persiste encore sous Justinien. Donc, le premier fidéicommissaire n'a point droit à une quarte ; mais, il n'en serait plus de même si le premier fidéicommissaire avait forcé l'héritier de faire adition *jussu prætoris*. Dans ce cas, dit Gaius, le premier fidéicommissaire pourra retenir la Falcidie, comme l'eût fait l'héritier ; car, s'il a, en outre, reçu quelque chose par fidéicommis, cela n'entre pas en compte pour le calcul de la Falcidie : *Id non venit in computationem ejus legis, sed extrinsecus numeratur*. (Gaius, l. 63, 11, D. ad sc. Trébell.)

Nous venons de toucher ainsi au fidéicommis que l'on appelait *graduel*, et nous arrivons tout naturellement à examiner la question de la durée des substitutions.

CHAPITRE V

DE LA DURÉE DES SUBSTITUTIONS

SOMMAIRE

43. D'abord la durée des substitutions est illimitée.
44. La Novelle 159 a-t-elle restreint cette durée illimitée?

43. Le genre de substitution que l'on appelait *fideicommissum familiæ relictum* devint très fréquent. Lorsque le désordre et la corruption des mœurs furent arrivés à leur comble, les testateurs sentirent le besoin de substituer plusieurs générations, et les substitutions, d'abord temporaires et limitées, devinrent successives et perpétuelles. Le plus généralement, la substitution était faite au profit des descendants du donateur nés ou à naître. Le père de famille, redoutant les prodigalités de ses descendants, laissait sa fortune à son fils avec charge de la conserver et de la rendre à ses enfants, qui devaient à leur tour conserver et rendre, et ainsi de suite indéfiniment.

44. Jusqu'à la Novelle 159, que nous avons citée plus haut, il n'y eut pas de doute sur la possibilité de faire ainsi des substitutions perpétuelles, et nous avons précisément pour but de rechercher ici si la Novelle en question est venue restreindre ou non leur

durée illimitée. Analysons donc rapidement cette Novelle :

Un certain *Hierius* distribue dans son testament sa fortune à ses quatre fils, *Constantin, Anthemius, Callipius* et *Alexandre*. Il leur défend d'aliéner, fait une substitution au profit de leurs enfants nés ou à naître, et dispose que pour le cas où l'un d'eux mourrait sans enfants, les autres frères profiteront de sa part.

Ce testament de Hierius est bientôt suivi d'un codicille en vertu duquel la part de Constantin est diminuée au profit de son propre fils *Hierius junior*, toujours avec défense pour ce dernier d'aliéner et stipulation du droit de retour à Constantin, dans le cas où Hierius junior mourrait sans enfants.

Hierius senior meurt. Après sa mort, tous ses fils contreviennent à la défense qu'il leur avait faite et aliènent plus ou moins les biens qu'ils tenaient de leur père. Hierius junior vend une maison qu'il tenait de son père Constantin et meurt en laissant à son fils Constant une autre maison et le fonds suburbain qu'il avait reçu de son grand-père Hierius. Constant meurt bientôt lui-même, laissant une femme enceinte; et, dans son testament, il dispose de ses biens au profit de sa femme et de sa mère, pour le cas où son enfant ne naîtrait pas viable ou mourrait avant la puberté. Une fille posthume naquit, en effet, et mourut en bas âge; et, les biens de Constant furent dévolus aux légataires qu'il avait désignés dans son testament.

Alors Alexandre, seul fils survivant d'Hierius senior, se fondant sur la prohibition d'aliéner établie par le

testament paternel et sur cette clause que si l'un des enfants mourait sans héritiers les autres frères profiteraient de sa part, prétendant d'un autre côté qu'il était au premier rang dans la famille, réclama, comme devant lui revenir, la maison et le fonds suburbain que Constant avait légués à sa mère et à sa femme.

De là naquit un procès qui donna lieu à de vives controverses : les uns prétendaient que Hierius senior, en défendant à ses fils d'aliéner, n'avait pas imposé la même défense aux héritiers de ses fils. Hierius junior, fils de Constantin, avait donc pu aliéner les biens qu'il tenait de son père. Tous les fils de Hierius n'avaient-ils pas contrevenu, du reste, à la prohibition qui leur avait été imposée ? Alexandre lui-même, qui l'avait violée comme les autres, ne se trouvait-il pas mal venu en réclamant aujourd'hui contre les aliénations de son neveu ? Il est bien vrai que les dispositions du codicille différaient de celles du testament : Hierius senior, en donnant le fonds suburbain à son petit-fils, en avait interdit l'aliénation tant à lui qu'à ses héritiers dans le but de le maintenir perpétuellement dans la famille, et néanmoins le fonds avait été aliéné. Mais, remarque la Novelle, c'était au profit de la mère et de la femme de Constant qui faisaient bien, en quelque sorte, partie de la famille ; supposez, en effet, que Constant n'eut point fait de testament, les biens de sa fille morte impubère devaient, de par la loi, retourner à la mère. Est-il possible, surtout après quatre générations, de venir réclamer contre une pareille aliénation ? Et la Novelle se prononce pour la négative : *Neque recte, neque ordine*

Alexander vir gloriosissimus litem a se prætensam instituit.

Il résulte de la Novelle 159 que lorsque quatre générations se seront écoulées et que le dernier héritier recueillera par l'intermédiaire d'un impubère, la substitution sera éteinte. Il semble que quatre générations impliquent un espace de temps trop long pour qu'on puisse venir examiner en justice des faits par trop anciens. Mais s'ensuit-il que cette Novelle 159 établisse une règle générale, que dans tous les cas elle limite à quatre degrés une substitution perpétuelle? Nous croyons que non, parce que la Novelle 159 a rendu une décision sur un cas tout à fait spécial, et à cause de la situation particulièrement intéressante des défendeurs, la mère et la femme de Constant. C'est vainement que l'on voudrait conclure du particulier au général et appliquer cette décision dans toutes les situations. Cujas et Domat sont d'avis qu'il ne faut pas étendre cette décision au-delà de l'hypothèse qu'elle avait pour but de régler. Beaucoup d'auteurs, au contraire, prétendent que cette Novelle établit la règle générale de la limitation des substitutions à quatre degrés. Et peut-être serait-il sage de dire que le législateur de cette époque, frappé des inconvénients du fidéicommis perpétuel, voulut saisir l'occasion de ce procès pour limiter les substitutions.

CHAPITRE VI

DE L'EXTINCTION DES SUBSTITUTIONS

SOMMAIRE

45. Le fidéicommis suit en général le sort du testament.
46. Il s'éteint par la révocation du disposant, par le prédécès, l'incapacité ou la renonciation du fidéicommisssaire, et par la perte de la chose.
47. Théorie de l'accroissement en matière de fidéicommis.

45. On peut dire en général que le fidéicommis suit le sort du testament dans lequel il se trouve contenu. (L. 81, D., *de Legatis* 2°.) Mais nous avons vu que souvent le testateur, prévoyant le cas où son testament ne sortirait pas à effet pour une cause ou pour une autre, renfermait le fidéicommis dans un codicille. Alors le fidéicommis se trouve à la charge de l'héritier *ab intestat*.

46. Plus spécialement, le fidéicommis s'éteint:

1° Par la révocation provenant du fait du disposant; et comme nous avons dit que le fidéicommis n'est soumis à aucune forme, qu'il peut s'induire des circonstauces et même d'un simple geste du disposant, il suffira également pour le révoquer de la manifestation d'une manière quelconque de l'intention du testateur de revenir sur ce qu'il avait fait précédemment : « *Fideicommissum ejus qui reliquerat, pœnitentia probata,*

nunquam successores præstare compelluntur. » (L. 27, C., *de Fideic.*)

2° Par le prédécès ou l'incapacité ou la renonciation du fidéicommissaire : si celui-ci n'est pas vivant au moment de l'ouverture du fidéicommis, ou s'il est incapable de recevoir, les biens du fidéicommis resteront irrévocablement entre les mains du fiduciaire ou de ses héritiers. — Pour ce qui est de la renonciation, elle ne peut émaner que du fidéicommissaire ou de la personne en puissance de laquelle il se trouve, et il faut distinguer suivant l'époque où elle a été faite. Si la renonciation a été faite après le *dies cedit*, c'est-à-dire lorsque le droit éventuel est déjà fixé, elle est irrévocable de quelque façon qu'elle ait été faite. Si la renonciation a eu lieu avant le *dies cedit* et qu'elle résulte d'un pacte, le fidéicommissaire qui viendrait plus tard réclamer la délivrance du fidéicommis serait repoussé par l'exception *pacti conventi*. (L. 21, 4, D., *de Pactis.*) Si la renonciation avant le *dies cedit* émanait d'un simple engagement unilatéral, elle n'aurait point d'effet. (L. 45, 1, D., *de Leg.* 2°.)

Remarquons toutefois que la renonciation faite par l'appelé n'aurait aucune conséquence sur le droit de l'appelé du degré subséquent, autrement que pour le faire arriver plus tôt au fidéicommis : « *Quod si prior recusaverit, placuit ut recta via secundus possit postulare, ut heres adeat et sibi restituat.* » (L. 55, 2, D., ad sc. Trebell.)

3° Par la perte de la chose qui fait l'objet du fidéicommis. Mais il ne faut pas que cette perte puisse être

imputée au fiduciaire, qu'elle résulte de son dol, de sa faute active ou même de sa simple négligence (L. 47, 4 et 5, D., *de Leg.* 1°). Si la perte de la chose est arrivée par cas fortuit et avant le *dies cedit*, le fidéicommissaire ne peut même pas réclamer les restes et accessoires de la chose. Si ce n'est qu'après le *dies cedit* que le cas fortuit s'est produit, il a droit à ces restes et accessoires. Si l'objet d'un fidéicommis était, par exemple, un *servus cum peculio*, le pécule n'étant que l'accessoire ne sera dû que si l'esclave est resté dans le patrimoine du disposant et lui a survécu. (LL. 1, 12, D., *de Pec. leg.*)

47. Nous ne terminerons pas sans examiner subsidiairement la question de savoir ce que devient un fidéicommis établi au profit de plusieurs personnes à la fois, lorsque l'une d'elles vient à disparaître. C'est la théorie de l'accroissement en matière de fidéicommis. Or, nous lisons dans les Fragmenta Vaticana : *In fideicommisso autem id sequimur quod in damnatione* (§ 85, *in fine*). Mais dans le legs *per damnationem* il n'y a jamais identité de vocation, ce legs ne tend à établir qu'un droit de créance, et rien ne s'oppose à l'existence simultanée de deux créances ayant le même objet. Si le legs *per damnationem* a été fait *disjunctim* à deux légataires, l'un obtiendra la chose et l'autre son estimation. Si le legs *per damnationem* a été fait *conjunctim*, les créances conjointes se partageant de plein droit, chacun n'aura droit qu'à la moitié de la chose.

Lorsque les lois caducaires furent étendues au fidéi-

commis par le sénatusconsulte Pégasien, il n'en fut plus de même. Sous l'empire des lois caducaires, les dispositions testamentaires qui manquent leur effet se divisent en trois classes : *Caduca*, *in causa caduci*, *pro non scriptis*. (L. *unic.*, § 1 à 5, Cod. *de Cad. toll.*)

Les dispositions qualifiées *caduca* sont celles qui auraient produit leur effet sous le droit antérieur aux lois caducaires : ainsi les dispositions faites au profit des Latins Juniens ; les dispositions au profit d'un *cœlebs* ou d'un *orbus;* les dispositions au profit d'une personne morte dans l'intervalle du décès du testateur à l'*apertura tabularum* (les lois caducaires reculant le *dies cedit* des legs jusqu'à cette *apertura.)* Le droit de réclamer les *caduca* appartenait d'abord aux héritiers institués *patres*, à leur défaut, aux légataires *patres*, et enfin au peuple (Gaius, II, 286), plus tard au fisc. (Règles d'Ulpien, XVII, 2.) Le trésor impérial (*fiscus*) fut substitué au trésor du peuple (*ærarium*) par une constitution de l'empereur Caracalla.

Les dispositions qualifiées *in causa caduci* sont celles qui manquent leur effet par suite de quelques circonstances indépendantes des lois caducaires; par exemple, la renonciation de l'héritier institué ou la répudiation du légataire. Ces dispositions sont assimilées aux *caduca* et dévolues aux mêmes personnes.

Quant aux dispositions *pro non scriptis*, ce sont celles qui ont été nulles *ab initio*, par exemple, parce que l'héritier institué ou le légataire n'avait pas la

factio testamenti au moment où le *de cujus* écrivait ses dernières volontés. Ces dispositions ne donnent pas lieu à l'application du *jus patrum*, elles restent soumises à l'ancien droit.

Les lois caducaires ne s'appliquent, du reste, qu'aux hérédités testamentaires, et, lorsqu'elles furent étendues aux fidéicommis, elles ne réglèrent pas les fidéicommis laissés à la charge d'un héritier *ab intestat*.

Il nous faut donc supposer un fidéicommis; ce sera d'abord un fidéicommis universel, valable *ab initio*, et plus tard seulement atteint d'un vice qui rend la disposition *caduca* ou *in causa caduci*. Le bénéfice de la disposition doit revenir d'abord à ceux des héritiers institués qui ont le *jus caduca vindicandi*, à leur défaut aux légataires *patres*, enfin au fisc. S'il y a deux fidéicommissaires conjoints par une seule et même disposition *re et verbis*, ou même conjoints *verbis tantum* (1), et que l'un des deux soit *pater*, la part vacante sera attribuée à ce *pater*. — Si nous supposons maintenant qu'il s'agit d'un fidéicommis particulier et si le grevé est un héritier institué, les *caduca* seront attribuées d'abord aux fidéicommissaires ayant le *jus caduca vindicandi*; ensuite aux héritiers institués *patres*, enfin aux légataires ou aux fidéicommissaires qui ont des enfants, bien qu'ils ne soient conjoints d'aucune manière, par ce seul fait qu'ils sont nommés dans le testament et pour les récompenser de leur paternité.

(1) Ortolan, tome II, n° 877, note 2, sur un fragment de Paul (32, D. *de Legatis* 3°).

Lorsque les lois caducaires furent abrogées par la constitution *de Caducis tollendis* (Cod. VI, 51), on fut amené à décider que l'accroissement avait lieu dans toute espèce de legs entre légataires à qui la même chose avait été léguée. Seulement il n'avait pas lieu de la même manière. Entre légataires conjoints *re et verbis*, l'accroissement est volontaire, mais il a lieu *cum onere* avec les charges qui grevaient le legs devenu caduc.

Entre légataires conjoints *re tantum*, l'accroissement est forcé, mais il s'opère *sine onere* : la chose a été léguée séparément à chacun, mais en totalité ; il n'y a pas un seul legs, il y a autant de legs distincts que de légataires. Si nous supposons un legs à Primus et à Secundus, le legs fait à Secundus devenant caduc, il y a plutôt non-décroissement que droit d'accroissement proprement dit, puisque Secundus ne peut venir demander le partage à Primus.

Entre légataires conjoints *verbis tantum*, c'est-à-dire appelés dans une même phrase, mais avec assignation de parts, la question de savoir s'il y a lieu à accroissement est fort controversée.

Nous ne l'examinerons pas, nous bornant à constater que ce que nous venons de dire des légataires s'appliquerait aux fidéicommissaires, parce que, sous Justinien, legs et fidéicommis sont assimilés.

La seule disposition des lois caducaires qui n'ait point été abrogée est celle qui place le *dies cedit* des legs et des fidéicommis à l'époque de l'ouverture des tables du testament et non plus au décès du testateur.

DEUXIÈME PARTIE

DES SUBSTITUTIONS FIDÉICOMMISSAIRES

Dans notre ancien Droit

SOMMAIRE

48. Droit en vigueur en Gaule au moment de l'invasion.
49. Organisation de la propriété selon la loi salique.
50. Au dixième siècle, les lois personnelles deviennent territoriales. — La féodalité se constitue.
51. Les substitutions sont conformes à l'esprit féodal.
52. Les substitutions sont cependant défendues ou restreintes dans dix coutumes.
53. Elles sont admises dans le reste de la France avec une durée illimitée. Inconvénients.
54. Edit de 1553.
55. Ordonnance de 1560.
56. Ordonnance de 1566.
57. Code Michaud, 1629.
58. D'Aguesseau. Son appréciation des substitutions.
59. Ordonnance de 1747. Ses prescriptions.
60. Décrets des 25 oct.-14 nov. 1792.
61. Les substitutions ne sont plus en harmonie avec les besoins de notre époque.
62. Elles sont contraires à l'agriculture, au commerce, à l'industrie.
63. Elles sont une atteinte à la liberté.

48. Nous venons d'étudier jusqu'à présent le système des lois romaines : il nous faut rechercher maintenant leur influence sur notre Droit, les transforma-

tions ou les modifications qu'elles ont pu subir en passant dans notre législation.

Le premier Droit en vigueur en Gaule, fut le Droit celtique, confié à la mémoire des druides et dont toute trace ne tarda pas à disparaître lorsque ce pays, conquis par César et réduit à la condition de province romaine, eut été écrasé d'impôts et de vexations. La Gaule se trouva dès lors régie par le Droit romain en vigueur, environ 50 ans av. J.-C., droit que devaient compléter les rescrits impériaux et le fameux édit des citations de 423.

Mais, au IV^e^ siècle et dans le courant du V^e^, les Germains envahirent les Gaules et, refusant de reconnaître la suprématie de Rome, s'emparèrent des terres vacantes, ne laissant qu'un tiers du territoire aux anciens habitants. Ainsi se fondèrent le royaume des Wisigoths à l'Ouest et celui des Burgondes à l'Est. Mais il faut bien noter le caractère original de cette conquête, ou plutôt de cette invasion germaine : les conquérants se contentèrent simplement de prendre les deux tiers du sol, ils n'imposèrent point leurs lois aux vaincus, et ceux-ci, dans leurs rapports entre eux, continuèrent de suivre les règles du Droit romain. Il se produisit « un antagonisme de races non plus complet, saillant, heurté, mais adouci par une foule d'imitations réciproques nées de l'habitation sur le même sol (1). » La législation romaine, plus savante et plus douce parce qu'elle était le produit d'une civili-

(1) Aug. Thierry, *Considérations sur l'histoire de France.*

sation plus avancée, ne dût pas tarder à faire sentir son influence bienfaisante, surtout dans le Midi, le royaume des Wisigoths et les provinces de droit écrit.

49. Dans le Nord cependant, la loi salique régissait les rapports des Francs, ou plutôt, les lois étant personnelles, chaque Germain, Franc Salien ou Franc Ripuaire, Burgonde ou Wisigoth, fut régi par la loi de sa nationalité. La loi salique continue donc d'être en vigueur ; cette loi établit une solidarité absolue entre tous les membres d'une même famille, et cette solidarité existait, non pas seulement quant aux personnes, mais quant aux biens. C'est ce qu'on appelle le *dominium in solidum*. Si l'un des membres de la famille vient à mourir, son bien appartient à tous les autres membres. La loi salique n'admet pas le testament : le bien n'appartient pas à l'individu, il appartient à l'agrégation; à la mort d'un membre de la famille, les autres membres acquièrent, non point *jure accrescendi*, mais *jure non decrescendi*. Cette propriété de famille porte un nom dans la loi salique, elle s'appelle l'*alleu*, le bien par excellence, le bien acquis par la conquête, attribué en pleine et entière propriété, par opposition aux bénéfices et aux acquêts.

50. Jusqu'à la mort de Charlemagne les lois sont personnelles dans l'empire franc ; mais à partir du IX^e^ et surtout du X^e^ siècle, elles deviennent territoriales. On voit s'élever sur tous les points de la France de petites souverainetés indépendantes les unes des autres. Dès lors on ne distingue plus les hommes d'après leur origine, mais d'après la seigneurie qu'ils habitent, et dans chaque

seigneurie on applique à tous la loi du plus grand nombre. Les hommes libres propriétaires d'alleux transforment peu à peu leurs alleux en bénéfices. Ces bénéfices, par nature, étaient d'abord viagers ; mais, sous le règne de Louis le Pieux, nous trouvons déjà un grand nombre de chartes qui portent cette clause que tel bénéfice, viager sur la tête de tel individu, pourra être transmis à ses enfants. Peu à peu, ce qui était l'exception devient la règle générale, et la clause est insérée dans tous les actes. Enfin, cet état de choses est consacré en 877 par le capitulaire de Kiersy-sur-Oise, où il est dit que lorsqu'un possesseur de bénéfices viendra à mourir, le bien pourra être transmis à son fils. L'hérédité des bénéfices une fois conquise, le régime féodal existe ; les honneurs, la puissance, la souveraineté sont attachés à la possession d'une certaine partie du territoire. La hiérarchie est constituée : à la tête se trouve le roi, seigneur des seigneurs, souverain féodal du royaume. Tous les vassaux, tous les arrière-vassaux ont un seigneur, le roi seul n'en a pas. La couronne se transmettait autrefois comme les alleux : elle se partageait entre les descendants. Le roi venant à mourir maintenant, le grand fief, la couronne, sera transmis non pas à tous ses fils, mais à un seul, l'aîné ; et de là naît le droit d'aînesse comme conséquence nécessaire du régime féodal.

51. Le titulaire de chaque fief avait des devoirs à remplir envers son suzerain : il devait notamment l'accompagner à la guerre avec un certain nombre de vassaux. Et naturellement le roi s'efforçait de rendre le morcellement des seigneuries aussi lent que possible,

pour ne pas restreindre et diminuer vis-à-vis de lui les obligations des vassaux.

Mieux que le retrait lignager et mieux que la réserve coutumière, les fidéicommis avaient pour effet de maintenir les biens dans les familles, et leur conformité avec l'esprit général des institutions féodales devait les faire voir d'un œil très favorable. On substitua de mâle en mâle et d'aîné à aîné. Le patrimoine, en passant tout entier à l'aîné, se trouvait très souvent frappé entre ses mains d'inaliénabilité et de substitution perpétuelle.

52. Cependant nous trouvons plusieurs coutumes, celles de Montargis, Bassigny, Bretagne, Normandie, Hainault, Nivernais, dans lesquelles la liberté de faire des substitutions n'existe point ou se trouve fort restreinte. Dans les quatre coutumes de Sedan, Auvergne, Marche, Bourbonnais, les substitutions par testament sont prohibées, tandis qu'elles sont permises par actes entre vifs.

53. Mais à part ces dix coutumes, les substitutions étaient admises sans réserve dans les autres pays de France. On n'observait même pas la Novelle 159 de Justinien qui, d'après certains auteurs, limitait les substitutions à quatre degrés. Nous avons déjà dit plus haut que Cujas s'était prononcé contre cette limitation. Les inconvénients d'un pareil état de choses ne devaient pas tarder à se manifester : d'abord, il fut fort difficile de démêler les biens de la substitution des autres biens du grevé, lorsqu'on arrivait à la cinquième ou à la sixième restitution. En outre, comme les substitutions n'étaient soumises à aucune espèce de publicité, l'intérêt des tiers

se trouvait souvent compromis. Il s'élevait aussi des procès nombreux sur l'interprétation de la volonté du disposant ou du donateur, sur la composition de son patrimoine, sur les distractions dont les fidéicommis sont susceptibles, sur le recours subsidiaire des femmes quant aux biens grevés (1).

54. Un édit de Henri II, du 3 mai 1553, avait essayé d'apporter un premier remède à cet état de choses. Aux termes de cet édit, tout contrat d'hypothèque, toute donation, tout testament doit être insinué. Malheureusement, il ne fut pas appliqué.

55. Peu après, sous le règne de Charles IX, en janvier 1560, parut une ordonnance datée d'Orléans et due à l'instigation du grand chancelier Michel de l'Hôpital. Elle permettait seulement deux degrés de substitution : « Pour couper la racine à plusieurs procès qui se meuvent en matière de substitutions, défendons aux juges d'avoir aucun égard aux substitutions qui se feront à l'avenir oultre et plus avant deux degrés après l'institution et première disposition, icelle non comprise. »

C'était un premier pas dans la voie des réformes nécessaires ; mais il fallait compter avec le parti-pris de la noblesse et la résistance des parlements qui voulaient à tout prix empêcher ces restrictions à la liberté absolue de substituer. On commença par éluder l'ordonnance de 1560 en comptant les degrés par souche et non par tête : les parents d'une même génération se transmettaient successivement les biens substitués et la juris-

(1) Préambule de l'ord. de 1747.

prudence ne voyait là qu'un seul degré de substitution.

L'ordonnance de 1560 ne parlant ni d'insinuation ni d'enregistrement, on considérait ces formalités comme supprimées, et l'on décidait que les substitutions perpétuelles antérieures à 1560 conservaient leur durée illimitée par suite du silence de l'ordonnance sur ce point.

56. Alors, parut l'ordonnance de Moulins (février 1566), rendue par le même chancelier de l'Hôpital, qui vint compléter et confirmer la précédente. Désormais, les substitutions antérieures à 1560 seront limitées à quatre degrés outre l'institution ; et toute substitution devra être insinuée et enregistrée dans les six mois, à peine de nullité. — Cette ordonnance éprouva une opposition fort vive de la part des parlements et plusieurs refusèrent même de l'enregistrer.

57. Un peu plus tard encore, le chancelier Michel de Marcillac voulut tenter la continuation de la réforme et sa tentative porte le nom de Code Michaud (1629). L'article 124 de ce Code décide que « dorénavant on comptera les degrés de substitution par tête et non par souche de génération. » — L'article 125 défend aux personnes rustiques de faire des substitutions « parce que vraisemblablement elles n'entendent rien à cette matière. » Le même article décide encore que « les fidéicommis ne peuvent avoir lieu pour le regard des choses mobilières, si ce n'est pour pierres précieuses de fort grand prix. »

58. Malgré tant de louables efforts, toutes ces

ordonnances restaient à l'état de lettre morte, ou n'aboutissaient qu'à multiplier les procès sur les substitutions. Les parlements, toujours guidés par le même esprit d'opposition, continuaient à interpréter arbitrairement ou à éluder les dispositions des ordonnances qui ne leur convenaient point. Lorsque d'Aguesseau parut, il comprit la nécessité d'abolir radicalement les substitutions; mais c'était une mesure violente qu'il n'osa point employer : « L'abrogation entière des fidéicommis serait peut-être la meilleure de toutes les lois; et, il pourrait y avoir des moyens plus simples pour conserver dans les grandes maisons ce qui suffirait à en soutenir l'éclat; mais j'ai peur que pour y parvenir il ne fallut commencer par réformer les têtes; et, ce serait l'entreprise d'une tête qui aurait elle-même besoin de réforme » (1).

59. Quoi qu'il en soit, le grand chancelier se proposa tout au moins « d'établir la même uniformité de jurisprudence à l'égard des substitutions fidéicommissaires » (2). Et pour cela il rendit la fameuse ordonnance de 1747 qui reproduisait les dispositions principales des ordonnances antérieures et dont les aperçus très sages ont été presque toujours adoptés par le Code civil pour la réglementation des substitutions permises.

Et d'abord, l'ordonnance de 1747 rejette toutes ces conjectures qui ne sont pas fondées sur des textes

(1) Œuvres de d'Aguesseau, t. IX. Lettre 360.
(2) Préambule de l'ord. de 1747.

précis du Droit romain et au moyen desquelles les interprètes de l'ancien Droit avaient été amenés à trouver des substitutions dans toute disposition qui se prêtait un tant soit peu à cette interprétation. L'ordonnance voulut prévenir les interprétations arbitraires et obliger les donateurs et testateurs à s'expliquer d'une manière plus expresse. Désormais les personnes mises dans la condition ne seront pas censées dans la disposition; ainsi : j'institue Primus, et s'il meurt sans enfants, je substitue Secundus. Les enfants ne sont ni appelés, ni substitués; l'ordonnance déclare qu'en aucun cas ils ne seront regardés comme étant dans la disposition (1). Elle défend en outre la représentation dans les substitutions, à moins que le testateur ne l'ait positivement ordonné. L'article 125 de l'ordonnance de 1629 est abrogé, mais on maintient les dispositions qui veulent que l'on calcule les degrés de substitution par tête et non par souche, le nombre de degrés restant toujours fixé à deux, non compris l'institution. Enfin, les formalités de publicité doivent être remplies dans le délai de six mois, et le grevé ne peut entrer en possession des biens substitués qu'après avoir présenté l'acte d'enregistrement et de publication (2).

60. Telle était la situation dans laquelle on vivait, lorsqu'éclata la Révolution de 1789; celle-ci ne pouvait pas tarder à réaliser la réforme violente devant

(1) Ord. de 1747, art. 19 et 21, tit. 1.
(2) Ord. de 1747, art. 18.

laquelle d'Aguesseau avait cru devoir reculer. A ce moment on vit la passion de l'égalité s'emparer de la nation. Dans la nuit du 4 août, on commença de décréter l'abolition des priviléges de la noblesse, puis, le décret du 10 avril 1791 vint poser le principe de l'égalité parfaite entre les héritiers. Les substitutions étaient trop contraires à ce principe et trop fortement empreintes de l'esprit des institutions féodales pour qu'on ne songeât pas à les supprimer. Aussi, l'Assemblée nationale, après avoir, dans un premier décret du 25 août-2 sept. 1792, déclaré qu'à partir de ce jour il était défendu de substituer, proscrivit absolument les substitutions par le décret des 25 octobre-14 novembre 1792, qui est ainsi conçu :

Article premier. — Toutes substitutions sont interdites et prohibées à l'avenir.

Art. 2. — Les substitutions faites avant la publication du présent décret, par quelques actes que ce soit, qui ne seront pas ouvertes à l'époque de ladite publication, sont et demeurent abolies et sans effet.

Art. 3. — Les substitutions ouvertes lors de la publication du présent décret n'auront d'effet qu'en faveur de ceux seulement qui auront alors recueilli les biens substitués ou le droit de les réclamer.

On voit que cette dernière disposition de la loi de 1792 consolidait la propriété sur la tête des grevés. Sur ce point on éleva des réclamations assez vives en prétendant que les biens de la substitution auraient dû revenir aux héritiers *ab intestat*. Mais la Conven-

tion repoussa ces prétentions dans le décret du 9 fructidor an II.

61. Nous arrivons ainsi au Code civil et nous allons examiner rapidement les motifs qui ont déterminé les rédacteurs du Code à maintenir la prohibition des substitutions. Et d'abord, toute préoccupation politique mise à part, il est certain que les substitutions ne répondent plus aux besoins de notre époque. Au moyen âge, on avait recours à divers moyens pour concentrer les biens dans les familles : ainsi, l'aliénation des propres n'était permise que du consentement de tous les héritiers appelés par la loi, ou par suite d'une nécessité reconnue, ou à condition de remploi. A cette époque aussi les substitutions étaient fort usitées et déja on avait remarqué les inconvénients auxquels elles donnaient lieu, soit en gênant les transactions commerciales, soit en suscitant des séries de procès interminables. « Mais, dit Montesquieu, ce sont là des inconvénients particuliers à la noblesse qui disparaissent devant l'utilité générale qu'elle procure. » En somme donc, au moyen âge, les substitutions étaient en harmonie avec les mœurs et surtout avec les vues politiques de l'époque. Il faut reconnaître qu'aujourd'hui les mœurs et les tendances politiques ayant changé, les substitutions ne présenteraient que des inconvénients sans aucun avantage.

62. Elles ne seraient qu'une entrave pour l'agriculture : les défrichements, les assainissements, les améliorations de tout genre, les grandes entreprises agricoles si coûteuses, surtout dans les débuts, ne peu-

vent être faites que par le propriétaire incommutable. Celui-là seul est guidé par l'espoir de recueillir par lui-même ou par ses héritiers la récompense des labeurs, des soucis et des sacrifices qu'il s'est imposés. Le grevé ne tend au contraire « qu'à multiplier et à anticiper les produits qu'il pourra retirer des biens substitués, au préjudice de ceux qui seront appelés après lui et qui chercheront à leur tour une indemnité dans de nouvelles dégradations (1). »

Les substitutions sont une entrave pour le commerce qui est basé sur la facilité des échanges et des mutations de propriété et qui repose principalement sur le crédit public. Les substitutions donneraient trop souvent aux grevés le moyen de tromper ce crédit par l'étalage d'une richesse apparente. Dans les familles auxquelles les substitutions conservaient les plus grandes masses de fortune, chaque génération était le plus souvent marquée par une honteuse faillite.

Enfin, les substitutions sont contraires à l'intérêt bien entendu de l'industrie qui repose sur la circulation des biens et dont l'essor et le perfectionnement tiennent souvent à la transmission facile de la qualité de propriétaire.

63. Ce sont là les motifs économiques invoqués le plus souvent par les auteurs pour justifier la prohibition des substitutions.

On en invoque encore d'autres moins concluants

(1) Exposé des motifs du titre des Donations entre vifs et des testaments, par Bigot-Préameneu. (Locré, *Leg.* XI. p. 358 et suiv.)

peut-être : on prétend que les substitutions sont une atteinte à la liberté, parce qu'elles donnent au substituant un pouvoir qui dépasse la liberté, celui de régler l'avenir pour des générations entières. Quoiqu'il en soit, ces considérations ont amené le législateur à édicter l'article 896.

Ainsi, le résultat définitif auquel nous arrivons, c'est la prohibition de substituer. Et, voilà une institution qui, présentant beaucoup d'avantages à l'origine, finit par être proscrite complètement à raison des inconvénients et des abus auxquels elle donne lieu.

Nous pourrions étudier maintenant les substitutions permises par le Code civil ; mais les substitutions permises ne le sont qu'exceptionnellement, et nous donnerons la préférence à l'étude de la prohibition qui est la règle générale.

Au reste, les rédacteurs du Code civil, dans les articles 1048 et suivants, ont autorisé des dispositions qui ne sont pas à proprement parler des substitutions, puisque le grevé doit restituer les biens à tous ses enfants nés ou à naître et que, par conséquent, ces dispositions n'ont pas pour effet de maintenir les biens dans les familles, mais seulement de garantir les enfants contre les dissipations du père. Le motif politique qui avait fait prohiber les substitutions ne se rencontrant pas dans ces dispositions, l'on s'était même demandé si la sanction de l'article 896 serait applicable dans l'hypothèse où le disposant aurait établi plusieurs degrés de substitutions.

Ce n'est que par la loi du 17 mai 1826 que furent

rétablies les substitutions dans la véritable acception du mot. Cette loi autorisait, en effet, deux degrés de substitution ; mais pour prévenir les inconvénients que présentait ce mode de disposer, elle avait édicté une sage mesure : elle exigeait que le donataire grevé de substitution fut l'ascendant des substitués. De cette manière on pouvait espérer que le grevé ne dégraderait pas les biens et qu'il les entretiendrait en bon état. Mais cette loi n'avait pas pour elle la sanction de l'opinion publique : l'on n'en fit guère usage et il n'est pas étonnant qu'elle ait été abrogée par la loi du 11 mai 1849.

Depuis la promulgation du Code civil, on avait également autorisé les majorats qui étaient proprement des institutions de l'ordre politique. Ces majorats avaient été affectés à la dotation de titres héréditaires que Napoléon rétablissait. Comme le fit remarquer M. Valette, dans son rapport lors de la discussion de la loi du 11 mai 1849, les majorats avaient pour but de fonder une aristocratie basée sur la fortune. La Révolution de 1848 qui avait abrogé les titres de noblesse ne pouvait qu'abroger aussi les majorats, auxquels la loi du 12 mai 1835 avait déjà porté une grave atteinte.

TROISIÈME PARTIE

DES SUBSTITUTIONS PROHIBÉES

Sous le Code civil

CHAPITRE PREMIER

SOMMAIRE

64. Article 896. C'est la substitution fidéicommissaire qui est proscrit par cet article.
65. Caractères de la substitution prohibée.
66. DOUBLE VOCATION.
67. De l'institué. *Quid* de l'héritier *ab intestat?*
68. Du substitué.
69. De la fiducie dans ses rapports avec la substitution prohibée.
70. De la faculté d'élire.
71. De l'objet des deux libéralités d'une substitution.
72. De la substitution d'usufruit. — Peut-on substituer l'usufruit à perpétuité?
73. Disposition de l'usufruit et de la nue-propriété.
74. CHARGE DE CONSERVER ET DE RENDRE.
75. En quels termes cette charge doit être imposée.
76. Faut-il des termes impératifs?
77. La charge de conserver et de rendre peut-elle être implicite?
78. De la défense d'aliéner; entraîne-t-elle substitution?
79. *Quid* de la défense d'aliéner hors de la famille. — De l'obligation d'instituer un tel pour héritier.
80. Du fidéicommis *de eo quod supererit.*
81. Des droits du grevé dans un fidéicommis de ce genre.
82. De la faculté d'aliéner *en cas de besoin.*

83. De la disposition qui impose au légataire l'obligation de restituer à son décès une somme à un tiers si celui-ci lui survit.
84. De la clause de retour au profit du donateur. — Au profit des héritiers du donateur. — Au profit d'un tiers.
85. De la clause de retour au profit du donateur et de ses héritiers.
86. Charge de rendre a la mort.
87. Sur quoi l'on s'appuie pour exiger cette condition de rendre à la mort.
88. La charge de rendre à la mort doit-elle être formellement exprimée ?
89. Du fidéicommis pur et simple.
90. Du fidéicommis à terme certain ou incertain.
91. Du fidéicommis conditionnel.
92. De l'ordre successif.
93. De la substitution vulgaire.
94. La substitution vulgaire ne peut se rencontrer dans une donation entre vifs pure et simple.
95. De quelques espèces où il y a tantôt substitution vulgaire et tantôt substitution prohibée.
96. Des legs conjonctifs.
97. Des legs conditionnels. — Comment l'effet rétroactif de la condition se produit dans les legs comme dans les contrats.
98. Comment concilier l'effet rétroactif de la condition avec la théorie des substitutions prohibées ?
99. Dispositions conditionnelles affectées d'une condition suspensive. Espèces.
100. Dispositions conditionnelles affectées d'une condition résolutoire.
101. Dispositions conditionnelles avec condition suspensive et résolutoire à la fois.
102. Dispositions conditionnelles affectées de deux conditions suspensives.
103. Des substitutions conditionnelles.

64. L'article 896 est ainsi conçu :

« Les substitutions sont prohibées.

« Toute disposition par laquelle le donataire, l'héritier institué ou le légataire sera chargé de conserver et de rendre à un tiers sera nulle, même à l'égard du donataire, de l'héritier institué ou du légataire. » La notion que nous donne cet article est inexacte et

incomplète : elle est inexacte en ce sens que toutes les substitutions ne sont pas prohibées sous le Code civil, mais seulement cette espèce de substitution que nous avons étudiée en Droit romain sous le nom de substitution fidéicommissaire et que nous avons vu longuement pratiquée dans notre ancien droit où on la qualifiait simplement de substitution. Les rédacteurs du Code ont employé ce mot substitution dans le même sens que nos anciens auteurs; et, dès lors, ils ont pu dire que la substitution vulgaire serait valable en déclarant dans l'article 898 « qu'elle ne serait pas regardée comme une substitution. »

La notion de l'article 896 est encore incomplète en ce sens que toute disposition avec charge de conserver et de rendre n'est pas nulle. Il est vrai qu'il ne peut y avoir substitution sans charge de conserver et de rendre, mais les legs sous condition suspensive ou résolutoire, les donations dans lesquelles le donateur stipule le droit de retour à son profit, sont permises, et, dans ce cas, il y a aussi une personne gratifiée qui est chargée de conserver pour pouvoir rendre. Le fidéicommis lui-même est une disposition qui présente parfois cette charge de conserver et de rendre. Et cependant la loi ne le prohibe pas. Qu'il soit pur et simple, qu'il soit à terme ou conditionnel, le fidéicommis est permis. Le fidéicommis n'est prohibé que lorsqu'il est fait sous cette condition que l'appelé survivra au grevé.

Ainsi c'est la substitution fidéicommissaire qui est proscrite par l'article 896. Ce qui le démontre suffi-

samment, ce sont les articles 987, 1048 et suivants du Code civil qui ne permettent cette substitution fidéicommissaire que par exception, dans certains cas limitativement déterminés.

Mais il est souvent difficile de distinguer la substitution prohibée de certaines autres dispositions qui présentent plus ou moins de caractères analogues. Aussi nous paraît-il essentiel de bien analyser les éléments qui constituent la substitution pour pouvoir discerner ensuite sûrement ce qui est permis de ce qui ne l'est pas.

65. Une disposition sera considérée comme renfermant une substitution prohibée dès qu'elle réunira les caractères suivants :

1° La coexistence de deux libéralités en pleine propriété, portant sur le même objet et au profit de deux ou plusieurs bénéficiaires, de telle sorte que la personne gratifiée en second ordre, l'appelé, tienne directement sa libéralité du disposant; la personne gratifiée en premier ordre, le grevé, servant seulement d'intermédiaire pour restituer la possession des biens. C'est ce que nous appellerons la double vocation.

2° La charge pour le grevé de conserver et de rendre les biens à l'appelé. Par charge nous entendons une obligation juridique engendrant une action par laquelle l'appelé pourrait se faire restituer les biens, en supposant que les substitutions fussent permises.

3° La charge de rendre ne doit recevoir son exécution qu'à la mort du grevé et se trouve soumise à cette

éventualité que l'appelé sera, à ce moment, vivant et capable de recevoir.

4° L'ordre successif par suite duquel la propriété repose successivement sur deux têtes, sur la tête du premier gratifié jusqu'à sa mort, et à ce moment sur la tête du second gratifié qui devient propriétaire à son tour, en sorte que cette seconde transmission offre l'image d'une succession.

Pour plus de clarté, nous allons reprendre et étudier séparément ces divers caractères de la substitution, leur nature, les conséquences qui découlent de leur existence et les difficultés principales auxquelles donne lieu l'application des principes en cette matière si embrouillée et si difficile.

I. — *De la double vocation*

66. Nous avons dit qu'il fallait d'abord une double vocation, c'est-à-dire deux libéralités émanant du même auteur et faites au profit de personnes appelées à recueillir les biens les unes après les autres ; de telle sorte que tous les gratifiés tiennent leur libéralité directement du disposant et que le grevé ne soit que l'intermédiaire, le canal par le moyen duquel elles reçoivent leur libéralité.

67. Toute substitution suppose donc deux ou plusieurs dispositions :

Dans la première disposition, on peut gratifier une personne soit expressément en lui donnant, soit tacitement en ne lui ôtant pas. Ainsi, le premier institué, celui

qui est chargé d'une substitution et qu'on appelle simplement l'*institué* ou le *grevé*, peut être ou donataire ou héritier institué, ou légataire, ou même héritier *ab intestat*: « Nous sommes censé savoir laissé à nos héritiers légitimes et ils sont censés tenir de nous tout ce que nous pouvions leur ôter par des dispositions que la loi nous permettait de faire (1). » Aujourd'hui il y a controverse sur le point de savoir si l'on peut grever les héritiers *ab intestat*: on prétend qu'en effet c'est de la loi et non pas du testateur que l'héritier *ab intestat* tient sa vocation, et dans notre hypothèse il n'y aurait pas de grevé (2). On argumente encore des termes mêmes de l'art. 896 qui semble exclure l'héritier *ab intestat* puisqu'il ne parle que du donataire, de l'héritier institué ou du légataire. Nous croyons que cette opinion doit être repoussée. En effet, s'il est vrai que l'héritier *ab intestat* est appelé par la loi, on ne peut nier que la charge de conserver et de rendre imposée a cet héritier modifie les effets de sa vocation légale, de sorte que c'est plutôt par la volonté du défunt que par la force de la loi qu'il arrive à la succession. On peut soutenir qu'en grevant son héritier *ab intestat* le testateur l'a institué par le seul fait: seulement l'institution est implicite au lieu d'être expresse (3). Nous avons dit au reste que dans l'ancien droit il y avait substitution bien que la charge de rendre fut imposée à l'héritier *ab intestat*; et le Code civil a certainement voulu pros-

(1) Pothier, Traité des substitutions, n° 109.
(2) Roland de Villargues, n° 128.
(3) Aubry et Rau, t. VII, § 694, note 11.

crire ce qui se pratiquait ainsi dans l'ancien droit A l'appui de l'opinion que nous soutenons, vient un arrêt de la cour d'Angers (1) qui déclare qu'il y a dans le testament qui lui était soumis deux institutions : l'une au premier degré en faveur de Louise Gaugain, héritière *ab intestat*, l'autre au deuxième degré en faveur des autres parents du testateur.

68. Voilà pour la première disposition. L'institué est chargé de conserver et de rendre à une personne gratifiée en second ordre, et par une deuxième disposition : le substitué. Mais, ce dernier tient directement sa libéralité du testateur, l'institué lui transmet seulement la possession des biens et ne fait que s'acquitter ainsi d'une dette qui a sa cause dans le bienfait du donateur. Il n'y a pas de substitution sans substitué. J'institue Pierre et je lui défends de laisser tout ou partie des biens dépendant de sa succession à telle personne déterminée : y a-t-il substitution par laquelle sont tacitement appelés les parents du testateur dans l'ordre établi par la loi ? Non, « la défense portée dans le testament dont s'agit ne désignant ni explicitement ni implicitement aucune personne ni famille en faveur desquelles elle est faite, il ne peut y avoir de fidéicommis (2). »

69. Arrivons maintenant à l'application de ce principe que nous venons poser sur la nécessité d'une double vocation : Une personne a été chargée d'administrer

(1) Cour d'Angers 7 mars 1822 ; Dalloz Rép. n° 121, v° Substitution.
(2) Bruxelles, 31 janvier 1816 ; Dalloz, n° 51.

les biens de la succession et de les tenir en dépôt jusqu'à un certain moment où elle devra les remettre au véritable héritier. Il n'y a pas substitution, il y a simplement *fiducie*. La fiducie n'est guère dans nos mœurs; elle est cependant légitime ; on peut s'en servir dans le cas de minorité, par exemple, de la personne que l'on veut gratifier : « Par la fiducie on préfère généralement, aux dangers d'une tutelle, les soins et l'attachement d'un ami, d'un parent qui nous inspire plus de confiance que le tuteur, pour la régie des biens dont on a disposé (1). » Il est vrai que l'on soustrait ainsi les biens à la gestion du tuteur; et, si l'on admet que la tutelle est d'*ordre public*, il faudrait décider que pareille fiducie n'est point valable (2). Mais, les tribunaux n'ont pas été appelés à trancher la question. Quoi qu'il en soit, la fiducie n'est qu'un fidéicommis qui ne participe point de la prohibition des substitutions. Le fiduciaire n'est point héritier, il est vrai qu'il ne peut aliéner les biens; mais c'est parce qu'il les détient et qu'il les administre pour le compte du véritable héritier : le droit de ce dernier s'ouvre au moment même du décès du disposant, il n'y a qu'une seule vocation, une seule transmission de biens et un seul droit de mutation.

Cependant la fiducie peut cacher une fraude, et de nos jours, où elle n'est plus guère employée, on s'en est servi quelquefois pour éluder la loi et gratifier des incapables. Mais c'est là purement une question de fait et les

(1) Dalloz, v° Substitution, n° 37.
(2) Laurent, Principes de droit civil. tom. XIV, n° 450.

juges sont chargés d'apprécier. Pour reconnaître si une disposition renferme simplement une fiducie, ou si au contraire elle contient une première libéralité au profit du grevé et par suite une véritable substitution, les tribunaux devront se pénétrer surtout des termes du testament, peser chaque circonstance, examiner avec soin l'intention du disposant.

70. Mais, il y aura substitution si le grevé a été chargé d'élire le substitué parmi un certain nombre de personnes que le testateur lui désigne (1). Mais si le testateur n'avait pas limité les personnes parmi lesquelles ce droit d'élire serait exercé par le grevé, la clause étant purement potestative et personne n'ayant action pour forcer le grevé à faire l'élection, devrait être considérée comme non écrite (2).

71. Passant maintenant à l'objet des deux libéralités, nous rappelons que ces deux libéralités en pleine propriété doivent porter sur le même objet. Aux termes de l'article 896 l'institué doit conserver et rendre ; c'est donc la même chose. On objecte qu'il faut entendre ce mot rendre comme on l'entendait dans l'ancien droit. Ce serait alors une expression traditionnelle qu'il ne faudrait pas interpréter rigoureusement. Du reste, ajoute-t-on, pourquoi les substitutions sont-elles prohibées? C'est surtout par un motif économique. Dès lors pourquoi ne pas les prohiber, quand même ce

(1) Cass. 5 mars 1851. — Dalloz, 51, 1, 104. — Demolombe, t. XVIII, 106.

(2) Aubry et Rau, § 694, note 15.

ne serait pas absolument la même chose que le grevé serait chargé de rendre? Nous répondrons que si l'institué était chargé de rendre une chose qu'il n'aurait pas reçue du donateur, il y aurait legs de la chose d'autrui. Or, le legs de la chose d'autrui est nul.

72. Partant de ce principe, posons immédiatement une espèce : Je lègue l'usufruit du fonds Cornélien à Primus et la propriété de ce même fonds à Secundus; je charge Primus de rendre à sa mort l'usufruit à Titius. Y a-t-il substitution? Non, ce n'est pas la même chose qui est donnée, ce sont deux usufruits distincts, deux libéralités différentes, il n'y a pas charge de conserver et de rendre : « *Neque enim ratio patitur ut solius usufructus legatario restitutionis onus imponatur, quippe qui morte sua sic ipso jure jus omne usufructus amittit, ut nihil ultra quod restituatur, supersit* (1). » — « Comme l'usufruit du premier légataire s'éteindra par son décès, les légataires ultérieurs recevront leur usufruit, non pas des héritiers du premier légataire, mais directement des héritiers du testateur. L'usufruit de chaque légataire forme d'ailleurs un objet incorporel distinct de l'usufruit des autres (2). » Le premier usufruitier une fois mort, son droit s'éteint; le second usufruitier désigné par le testament ne pourra pas s'adresser pour obtenir la délivrance de son legs aux héritiers du premier usufruitier qui n'ont rien trouvé dans la suc-

(1) Voet, lib. VII, t. 1, n° 9.

(2) Proudhon, De l'usufruit, II, 446.

cession de celui-ci à pouvoir lui rendre. Il devra s'adresser à l'héritier du substitué au profit duquel l'usufruit est venu se consolider à la propriété. Il y a là « deux legs également directs, également payables par l'héritier du testateur, sans interposition d'autre personne. C'est réellement comme si le testateur eût dit par deux clauses séparées : 1° je charge mon héritier de délivrer l'usufruit de mon domaine à Caius qui en jouira toute sa vie ; 2° après la mort de Caius et lorsque l'usufruit que je lui lègue sera consolidé à la propriété, entre les mains de mon héritier, je charge encore celui-ci de délivrer l'usufruit du même domaine à Sempronius (1). »

Alors on se demande si l'usufruit ne peut pas être substitué à perpétuité. Mais il faut remarquer que l'usufruit ne peut être ainsi substitué que par donation ou par testament. Si c'est par donation, la donation n'est valable qu'à la condition que les donataires seront conçus au moment où elle est faite et qu'ils l'accepteront. Si c'est par testament, il en est encore de même (art. 906, C. c.) pour recevoir par testament, il faut être conçu au moment du décès du testateur. Et c'est là une différence qui mérite d'être tout particulièrement notée entre la substitution fidéicommissaire et la substitution d'usufruit telle que nous venons de l'analyser. Le fidéicommissaire ne doit pas nécessairement être conçu au moment de l'ouverture du testament ou lors de la donation ; pour profiter de la

(1) Proudhon, nos 446 et suiv.

libéralité qui lui est faite, il suffit qu'il survive au grevé.

73. Aux termes de l'art. 899, il n'y a pas davantage substitution prohibée dans la disposition de l'usufruit et de la nue-propriété. Le donataire et l'usufruitier reçoivent directement du disposant; mais l'objet des deux libéralités est différent, il n'y a ni ordre successif, ni trait de temps, et les deux personnes ainsi gratifiées, doivent être au moins conçues au moment de la donation ou lors du décès du disposant. Ainsi, dans l'espèce suivante : « Je lègue l'usufruit de mes biens à Pierre et la nue-propriété aux enfants qu'il laissera à son décès ; en cas de décès de Pierre sans enfants, je lègue mes biens à Paul. » Nous sommes dans l'espèce prévue par l'art. 899 : le tiers Paul, dans notre hypothèse, est appelé conditionnellement, ce qui ne change rien à la nature du legs qui lui est fait. C'est ainsi qu'a jugé la Cour de Toulouse : « Attendu que, dans l'espèce, le tiers n'est pas appelé d'une manière absolue, ce ne serait que dans le cas où la propriété devrait aller nécessairement se fixer sur sa tête, qu'il y aurait pour le premier appelé obligation de conserver et de rendre; » sous ce premier rapport, la disposition dont il s'agit ne se trouve pas comprise dans l'article prohibitif (896). — Que l'art. 898 qui permet, porte que la disposition par laquelle un tiers serait appelé à recueillir dans le cas où l'héritier institué ou le légataire ne recueillerait pas, ne doit point être regardée comme une substitution et est valable ; qu'on voit d'après cet article que la loi entend que deux personnes ne soient point appelées à re-

cueillir successivement, mais qu'il n'y en ait qu'une seule ; que, dès lors, toute la question est de savoir si le sieur de Méritens doit d'abord recueillir et le tiers après, c'est-à-dire *ordine successivo;* or, dans l'espèce, le tiers n'est appelé à recueillir que lorsque le légataire n'aura pas recueilli lui-même ; on ne voit donc pas deux individus qui doivent nécessairement recueillir l'un après l'autre ; la disposition est conditionnelle ; si la condition s'accomplit, le sieur de Méritens recueillera, et le droit du tiers s'évanouit ; si, au contraire, la condition ne s'accomplit pas, le sieur de Méritens ne recueillera point, et alors le droit du tiers s'ouvre et ce dernier reçoit, non de la part du sieur de Méritens, mais de la part du testateur lui-même, et la disposition conforme à l'art. 898 est valable (1).

Appelée à juger une espèce analogue, la Cour de Paris avait cependant déclaré qu'il y avait substitution (2). Elle se basait sur l'impossibilité ou l'on serait, en admettant la disposition des deux legs d'usufruit et de nue-propriété, d'asseoir le legs de propriété sur la tête de qui que ce fut. C'est une erreur : pour être capable de recevoir par testament, il faut être conçu au décès du testateur (art. 906). Les enfants à naître ne pouvant être appelés, il n'y a pas d'incertitude sur la propriété. Dans l'espèce que nous avons faite, si Paul, le légataire de l'usufruit, a des enfants au moment du décès du disposant, ces enfants seront léga-

(1) C. de Toulouse, 15 juin 1833. Dalloz, n° 165.
(2) Contrà, C. de Paris, 1er déc. 1807. Dalloz, n° 186.

taires de la nue-propriété, sous la condition résolutoire de leur décès avant leur père. Et, de son côté, Paul en sera légataire, sous la condition suspensive du même événement. Si, au contraire, Pierre n'a pas d'enfants au moment du décès du disposant, le legs de la nue-propriété fait à ses enfants à naître sera caduc et par suite Paul sera légataire pur et simple de la nue-propriété (1). Il nous est évidemment impossible de parcourir toutes les espèces diverses qui peuvent se présenter et de prévoir toutes les difficultés qu'on peut soulever à propos de la substitution d'usufruit : les clauses varient; mais il faut s'attacher toujours à ce principe général qu'il n'y a pas substitution toutes les fois que celui qui est appelé conditionnellement aux biens tient son droit directement du disposant, puisqu'alors il n'y a pas d'institué ni partant de substitué.

II. — *De la charge de conserver et de rendre.*

74. Nous avons dit que le second élément nécessaire pour constituer une substitution consistait dans la charge de conserver et de rendre imposée au donataire ou au légataire gratifié en premier ordre. Il nous faut donc examiner ce que l'article 896 entend par ce mot charge.

75. Nous savons qu'à Rome on se montrait fort peu difficile sur la forme des fidéicommis qu'une prière, l'expression d'un simple désir, suffisaient pour consti-

(1) Aubry et Rau, § 694, note 6.

tuer la charge de rendre, et nous avons même donné la raison qui, selon Merlin, motivait cette grande latitude laissée au testateur par les lois romaines. C'est que, dans une législation qui est favorable aux substitutions, on doit plutôt supposer à un testateur qui prie l'intention de faire une substitution de ce genre que celle de faire une disposition purement illusoire. Chez nous, au contraire, où les substitutions sont vues avec tant de défaveur par le Code civil, on devait se montrer plus rigoureux sur la forme d'une disposition que l'on déclare nulle. Aussi Merlin ajoute : « A côté de la règle qui veut que dans le doute un testateur soit censé n'avoir rien écrit d'inutile, il en est une autre qui dit que, dans le doute, un testateur n'est pas censé avoir voulu faire ce que la loi lui défendait, et encore moins ce qui aurait entraîné l'anéantissement de sa disposition principale. Dans le choc de ces deux règles, c'est sans contredit la première qui doit céder à la seconde (1). »

76. Et c'est pour ce motif que presque tous les auteurs qui ont écrit depuis le Code civil sont d'accord pour décider que la prière, l'expression d'un désir, le simple conseil, la recommandation, sont généralement insuffisants pour constituer la charge de conserver et de rendre. « Lorsqu'au lieu de se servir de termes impératifs pour imposer au donataire ou au légataire l'obligation de conserver et de rendre, le disposant n'a fait qu'exprimer un désir ou une prière, on doit, en

(1) Merlin, v° *Subst. fid.*, sect. 8, n° 7.

général, admettre qu'il n'a pas voulu faire une substitution prohibée par la loi, et qu'il a entendu laisser le donataire ou légataire, sinon moralement, du moins juridiquement, libre de se conformer à cette prière ou à ce désir (1). » Mais, surtout en matière de substitutions, il faut se défier de toute règle absolue. En effet, il est des cas où les termes même de prière marquent l'intention de disposer ; il ne s'agit que de savoir s'ils ont assez de force pour imposer une obligation au légataire. C'est là une question qui doit être résolue de bonne foi par les juges du fait, d'après l'ensemble des dispositions du testament.

Donc, il y a charge de rendre toutes les fois que le testateur a lié, qu'il a enchaîné la liberté de l'institué. Peu importent, du reste, les termes de la disposition, pourvu qu'elle ne puisse être exécutée que moyennant la conservation et la restitution des biens donnés ou légués, pourvu qu'elle crée un lien de droit par lequel l'institué se trouve débiteur et le substitué créancier muni d'action pour contraindre l'institué ou ses héritiers à faire la restitution. S'il ne résultait pas d'action de la disposition, il n'y aurait pas charge de conserver et de rendre, l'institué pourrait aliéner : « L'action est le corrélatif nécessaire et la sanction de la clause d'indisponibilité (2). » La Cour de cassation en a conclu, dans cet arrêt, que la charge de

(1) Aubry et Rau, § 694, note 17.

(2) Cass. 13 déc. 1864. — Dalloz, 1865, 1, 169. — Cpr. Cass. 8 juillet 1834. — Dalloz, Rép. v° Subs., n° 64.

rendre doit être exprimée en termes impératifs et obligatoires. Mais nous croyons, avec l'autorité d'un savant auteur, qu'il ne faut pas aller jusque-là (1).

77. Au reste, la Cour suprême avait elle-même jugé que la charge de conserver et de rendre n'a pas besoin d'être formellement exprimée ; elle peut être implicite et résulter, comme conséquence nécessaire, de l'ensemble de la disposition (2). Si le testateur a dit par exemple : J'institue Primus et je veux qu'après lui mes biens reviennent à Secundus. Il est évident qu'il y a dans ce cas une charge implicite de conserver et de rendre imposée à Primus parce que la disposition ne pourrait autrement être exécutée.

78. Pour ce qui est de la défense d'aliéner imposée par le testateur à son héritier, elle n'emporte pas toujours charge de conserver et de rendre et, par conséquent, substitution. Si la défense d'aliéner est faite d'une manière absolue et sans désignation d'un tiers en faveur duquel elle est imposée, il n'y a pas substitution, mais simplement clause réputée non écrite (art. 900) comme contraire à l'intérêt général.

Il n'y aurait pas davantage substitution, quand même le testateur aurait dit : Je lègue tel immeuble à Primus et je lui défends de l'aliéner ; et, s'il l'aliène, il paiera telle somme à mes héritiers légitimes. Dans ce cas,

(1) Laurent, *Principes de Droit civil*, n° 458.

(2) Cass., 21 juin 1841. — Dalloz, n° 57. — Cass. 4 déc. 1865. — Sir., 66, 1, 70.

l'aliénation faite au mépris de la volonté du disposant serait valable et les héritiers légitimes n'auraient point d'action pour la faire révoquer. Alors, s'élèverait seulement la question de savoir si la clause pénale ne doit pas être réputée non écrite.

Mais si le testateur a dit : « J'institue Primus et je lui défends d'aliéner afin que les biens reviennent à Secundus ; ou bien : J'institue Primus et je lui défends de disposer au préjudice de ses enfants ou de ses héritiers. Dans les deux cas, il y a substitution, parce qu'il y a charge de conserver et de rendre à des personnes déterminées ou que du moins la défense d'aliéner équivaut ici à l'obligation de rendre (1).

79. *Quid* de la défense d'aliéner hors de la famille ? Nous croyons qu'il n'y a pas substitution : d'abord, le disposant n'a pas désigné une personne au profit de laquelle la prohibition est faite. De plus, la famille embrasse tous les parents jusqu'au douzième degré et l'héritier peut aliéner ainsi au profit d'un cercle de personnes dont le nombre peut être considérable. Donc, il n'y a pas charge absolue de conserver et de rendre : si l'on voulait soutenir que le testateur, en disposant de la sorte, a voulu faire une substitution, ce ne serait qu'en se basant sur des conjectures que notre droit n'admet plus (2). Une pareille clause serait simplement réputée non écrite.

Il en est de même de la défense de tester et de l'obli-

(1) Aubry et Rau, § 694, note 21.
(2) Rolland de Villargues, n° 257.

gation imposée au donataire ou au légataire d'instituer un tel pour héritier, aussi bien que de la défense d'aliéner à titre gratuit. Dans ces différents cas, le légataire garde la liberté d'aliéner de son vivant, soit à titre onéreux, soit par donation entre vifs. Il n'y a pas substitution, mais simplement question de savoir si toutes ces clauses ne pourraient point être réputées non écrites. (Art. 900.)

80. Si le testateur avait imposé à son héritier la charge de rendre à la mort sans parler de la charge de conserver, il faudrait distinguer : Quand la charge de rendre est imposée d'une manière absolue, elle implique charge de conserver; différemment, il y aurait seulement fidéicommis de *residuo vel de eo quod supererit*.

Ce dernier mode de disposer se présente sous la forme suivante : Je légue mes biens à Primus et, à son décès, il rendra à Secundus ce qui restera des biens que je lui légue. Certains auteurs prétendent que cette manière de disposer tombe sous le coup de la prohibition de l'article 896. Elle présente tous les éléments constitutifs d'une substitution : il y a en effet double vocation : la propriété des biens passe d'abord à Primus et fait impression sur sa tête. Il y a ordre successif : Le droit de Secundus est incertain subordonné au prédécès de Primus. On ajoute qu'en Droit romain l'héritier grevé ne pouvait disposer à titre gratuit ni par acte entre vifs ni par testament des biens formant l'objet d'un fidéicommis *de residuo;* ce fidéicommis constitue donc une véritable substitution et pré-

sente la plupart des inconvénients auxquels elle donne lieu. — Nous croyons au contraire que la substitution *de residuo* n'est point prohibée : d'abord, il n'y a aucun argument à tirer du Droit romain puisqu'il était favorable aux substitutions, tandis que notre Code ne l'est pas. Ce mode de disposer laisse aujourd'hui au grevé la faculté illimitée de disposer, tandis qu'à Rome le fidéicommissaire ne pouvait aliéner qu'à titre onéreux, de bonne foi et pour des besoins réels, déterminés *arbitrio boni viri*. Enfin il est inexact que la substitution *de residuo* présente tous les caractères de notre substitution prohibée : le caractère principal, celui-là précisément qui est indiqué par l'art. 896, manque dans l'espèce, nous voulons dire la charge de conserver et de rendre ; ou plutôt, s'il y a charge de rendre, il n'y a pas charge de conserver.

81. Mais quels sont les droits du grevé dans un fidéicommis *de residuo*? Il pourra aliéner par acte entre vifs ; quant à la question de savoir s'il pourra aliéner par testament on croit qu'elle dépend uniquement de la volonté du testateur : « *voluntatis defuncti quæstio in æstimatione judicis est.* » (L. 17, Cod. *de Fideic.*) Si le testateur ne s'est pas expliqué à ce sujet, ce sera aux juges du fait d'interpréter sa disposition (1). Un auteur, Rolland de Villargues a voulu soutenir contre ce système que si l'on décidait que le fidéicommis *de residuo* ne tombe pas sous le coup de la prohibition de l'art. 896 parce qu'il

(1) Toullier, V. 39. — Cass. 1 fév. 1827. Dalloz, n° 75. 2°.

n'implique pas charge de conserver, n'était qu'une condition potestative qui devait être réputée non écrite (1). Mais on lui répond que le donataire ou légataire « ne peut s'affranchir de l'obligation de rendre qu'en disposant de la totalité des biens donnés ou légués. Son incapacité personnelle ou d'autres circonstances peuvent le placer dans l'impossibilité d'user de son pouvoir d'aliéner. Cette obligation n'est donc pas purement potestative comme le serait la charge de rendre imposée au donataire ou légataire dans les termes suivants : Vous rendrez les biens, si vous le voulez (2). »

Quant aux biens dont le légataire n'aura point disposé, ils seront recueillis par les héritiers que le testateur laissera à son décès. Le fidéicommis *de residuo* présente ainsi deux libéralités, mais ces deux libéralités s'ouvrent au même moment, au décès du disposant. L'une, au profit du légataire, reçoit immédiatement son effet; l'autre, au profit des héritiers du testateur, n'aura son effet que lorsque le légataire mourra sans avoir aliéné tous les biens, Dès le décès du testateur ses héritiers ont un droit acquis qu'ils transmettent à leurs successeurs, mais ils doivent pour cela exister, être nés ou au moins conçus au moment de ce décès (Art. 906).

82. A côté du fidéicommis *de residuo*, nous devons examiner une autre clause par laquelle le testateur, tout en chargeant son héritier de remettre les biens à un

(1) Rolland de Villargues, nos 234 et 235.
(2) Aubry et Rau, § 694, note 28.

tiers, lui permet de vendre *en cas de besoin*. Il n'y a pas substitution, s'il paraît par ces mots que le testateur a laissé son légataire juge de ses besoins; si l'on peut admettre qu'il a entendu s'en rapporter à sa discrétion, à sa délicatesse, à sa conscience. Mais si l'héritier ne peut aliéner que par suite d'une nécessité constatée il y a substitution, parce qu'il y a charge de conserver et que les biens sont placés hors du commerce (1).

C'est ce qui a été jugé par un arrêt de la chambre des requêtes sur une disposition testamentaire aux termes de laquelle le grevé ne devait aliéner qu'en cas de besoin et s'entendre avec l'appelé lorsqu'une nécessité bien justifiée d'aliéner viendrait à se présenter (2).

83. Supposons une disposition qui impose au donataire ou au légataire l'obligation de restituer à son décès une somme d'argent à un tiers si celui-ci lui survit: y a-t-il là substitution prohibée? Nous croyons que non, parce qu'il n'y a pas charge de conserver et de rendre les biens donnés ou légués et qu'une pareille disposition ne présente pas les inconvénients qui ont motivé la prohibition des substitutions. « Vainement dirait-on que cette opinion doit être rejetée parce qu'elle permettrait d'éluder à volonté la prohibition des substitutions. Ce n'est pas éluder une prohibition que de faire ouvertement une disposition sérieuse que la loi ne proscrit pas, et dont les résultats nécessaires ou possibles ne

(1) Demolombe, XVIII, 139. — Req. 24, av. 1860; Sir. 1860, 1, 514.
(2) Req. 31 mai 1865. — Sir. 1865, I, 353.

sont pas en opposition avec les motifs et le but de cette prohibition (1). »

84. Il ne faut pas confondre les diverses dispositions dont nous venons de parler, qui permettent au grevé de faire des aliénations valables par actes entre vifs, avec la stipulation du droit de retour, qui ne le lui permet pas. Aux termes de l'article 951, le donateur peut stipuler le droit de retour des objets donnés, mais à son profit seulement. Qu'arrivera-t-il donc si le donateur avait stipulé le droit de retour au profit de ses héritiers ou d'un tiers? La clause de retour stipulée au profit du donateur n'est pas autre chose que la condition résolutoire attachée à une libéralité. Si la condition se réalise, le donateur reprend les biens donnés et est censé en avoir toujours été propriétaire, par suite de l'effet rétroactif des conditions.

A l'égard des héritiers du donateur ou du tiers désigné par lui, il ne pourrait en être ainsi : ils n'ont jamais été propriétaires des biens donnés, comment pourraient-ils être censés l'avoir toujours été? La clause de retour au profit des héritiers du donateur ou d'un tiers n'est pas une clause de retour ; elle n'en a que le nom. En réalité, c'est une substitution. Il y a, en effet, une disposition en second ordre en faveur des héritiers du donateur ou du tiers avec charge imposée au donataire de conserver et de rendre à sa mort les biens donnés. La nature même de la clause de retour s'oppose à ce

(1) Aubry et Rau, § 694, note 32, et en ce sens Demolombe, XVIII, 127. — Req. 30 avril 1867. Sirey, 1867, I, 329.

BIBLIOTHÈQUE UNIVERSITAIRE TOULOUSE

que le donateur puisse, dans une donation, la réserver pour un autre que pour lui-même. On ne conçoit pas que des biens donnés avec clause de retour, retournent à un autre que celui qui en était propriétaire au moment de la donation. En réalité, dans notre hypothèse, le donateur se dépouille, vis-à-vis de lui, la donation est pure et simple ; mais, il fait en faveur des héritiers ou du tiers une disposition éventuelle en second ordre. Nous ne sommes donc pas dans le cas de l'article 951 et il n'y a pas lieu de réputer la clause qui concerne les héritiers ou le tiers non écrite aux termes de l'article 900. C'est bien l'article 896 qui est applicable (1). Dans ce sens nous trouvons un arrêt fort motivé : « Attendu qu'il faut juger de la nature et de la valeur des actes non par la dénomination qu'il a plu aux parties de leur donner, mais par leur substance et par leurs effets ; que, dans la pureté des principes du droit tout retour conventionnel est limité à la personne du donateur comme étant un droit qui lui est absolument personnel ; que la stipulation de ce retour en faveur de l'héritier du donateur devient alors une véritable substitution fidéicommissaire... (2). »

Laurent émet un avis contraire : il prétend que la clause de retour n'est qu'une condition résolutoire ; le donateur aurait pu dire : Je donne tel bien à la condition que si le donataire vient à décéder sans postérité la donation sera résolue. La clause de retour ne fait

(1) Aubry et Rau, § 694, note 41. *(Sic)* Toullier, V. n° 48.
(2) Cour de Riom, 9 avril 1829 ; Dalloz, n° 200.

pas autre chose : les principes permettraient donc ce que l'article 951 défend. Stipuler le retour au profit de ses héritiers, c'est stipuler ce qui arrive de droit en cas de résolution de la donation. Il n'y a pas de premier gratifié, pas de substitué. Le Code prohibe cependant cette clause, il faut la considérer comme non écrite.

On a tort, ajoute cet auteur, de déclarer que cette clause entraîne substitution prohibée : quand la condition résolutoire, le décès sans enfants, se réalise, les biens reviennent au donateur ou à ses héritiers, il n'y a pas de substitution possible. On interprète comme si le donateur avait dit : Je donne à Pierre et, s'il meurt sans enfants, je lui substitue mes héritiers. Mais c'est altérer la clause, c'est transformer une donation avec condition résolutoire en une donation sans condition : l'interprète n'a pas ce droit (1).

85. En serait-il de même si le donateur avait stipulé une clause de retour tout à la fois pour lui-même et pour ses héritiers ou un tiers? La clause de retour stipulée au profit du donateur et de ses héritiers est illicite en ce qui concerne les héritiers. Mais nous croyons qu'il n'y a pas substitution, parce que nous rentrons dans les prévisions de l'article 951. Le donateur a pu vouloir stipuler le retour à son profit; il le pouvait. Ce qu'il ne pouvait pas, c'est étendre à ses héritiers le privilège que la loi lui accorde à lui seul; cette extension doit donc être déclarée nulle, mais sans qu'on ait besoin pour cela d'annuler la disposi-

(2) Laurent. nº 474.

tion principale. *Utile per inutile non vitiatur* (1).

Aubry et Rau soutiennent qu'il faut adopter encore la même solution lorsque le retour a été stipulé au profit du donateur et d'un tiers. Ils croient qu'il n'y a pas lieu à distinction entre les deux cas : « Rationnellement et légalement, le retour ne se comprend et ne se justifie qu'autant que les biens donnés doivent revenir à celui dont ils proviennent. Il serait tout aussi irrationnel de l'admettre et tout aussi illicite de le stipuler en faveur des héritiers du donateur qu'au profit d'un tiers (2). » Cette opinion est consacrée dans un arrêt célèbre, l'arrêt Saint-Arroman. Il s'agissait de décider s'il y avait ou non substitution dans la clause d'un acte par laquelle Saint-Arroman père, après avoir fait donation à un de ses fils du quart en préciput de tous ses biens, stipulait le retour tant en sa faveur qu'en faveur d'un fils cadet pour le cas où le donataire décéderait sans enfants ou que ceux-ci décéderaient en minorité. La Cour de Toulouse déclara qu'il y avait substitution, parce qu'en stipulant en faveur de son fils cadet la transmission des biens de la donation en cas de prédécès du donataire et de ses enfants, Saint-Arroman père avait chargé le donataire de conserver et de rendre (3). La Cour de cassation cassa cet arrêt en déclarant qu'il fallait simplement réputer non écrite, aux termes de l'arti-

(1) Req., 8 juin 1836 ; Dalloz, n° 201.
(2) Aubry et Rau, § 694, note 42, *in fine*.
(3) Cour de Toulouse, 10 août 1820.

cle 900, la stipulation du droit de retour au profit du fils cadet, stipulation contraire à l'article 951 (1).

Cette opinion est fort vivement combattue par certains auteurs. Dans l'espèce, on soutient que le donateur, tout en insérant la clause de retour en sa faveur pour le cas où il survivra au donataire, fait, pour le cas où le donataire lui survivra, une substitution fidéicommissaire au profit du tiers : il y a donc substitution conditionnelle et la disposition doit être annulée dans son entier (2).

III. — *De la charge de rendre à la mort.*

66. Il ne suffit pas que la même chose soit donnée ou léguée à deux personnes différentes, et que la première soit chargée de conserver et de rendre à la seconde, pour qu'il y ait substitution prohibée, il faut encore que la charge de rendre soit rapportée à la mort du grevé. Ainsi, l'appelé ne recueillera les biens que lorsque le grevé les aura recueillis. Il y aura un intervalle, un trait de temps, pendant lequel le grevé sera propriétaire avec l'espoir de devenir propriétaire incommutable. Car le droit de l'appelé est soumis à cette éventualité qu'il survivra au grevé, et ce n'est que par le prédécès du grevé que les biens de la substitution passeront dans le patrimoine de l'appelé.

Ce caractère de la substitution n'est point indiqué for-

(1) Cass., 22 juin 1823; Dalloz, nº 202; en ce sens, Troplong, nº 1269.

(2) Coin-Delisle, art. 951, nº 23. Demolombe XVIII, 112.

mellement par l'article 896 ; mais nous avons déjà indiqué plus haut comment la notion que nous donne cet article est inexacte et incomplète. Toute disposition par laquelle le donataire, l'héritier institué ou le légataire sera chargé de conserver et de rendre n'est pas une substitution prohibée. Il faut quelque chose de plus, quelque chose qui ne se trouve pas dans la lettre elle-même de la loi, mais qui résulte certainement de son esprit. Il n'est point douteux qu'en se servant de cette expression : *chargé de conserver et de rendre*, le législateur n'ait voulu signifier : conserver à titre de propriétaire pendant sa vie et rendre à la mort.

87. Tout le monde est d'accord pour interpréter ainsi ; où les dissentiments commencent, c'est sur les bases même qu'il faut donner à cette interprétation. On dit assez souvent que la pensée du législateur se révèle dans les art. 1048 et 1049 où il permet par exception certaines substitutions qui ne s'ouvrent qu'à la mort du grevé. Donc, ce que le Code admet exceptionnellement doit être ce qu'il prohibe en règle générale. Nous croyons que c'est un motif inexact : de ce que les substitutions permises ne s'ouvrent généralement qu'à la mort du grevé, il ne faut pas en conclure qu'elles ne puissent être faites à temps. — On dit encore que si le législateur avait prohibé toutes les dispositions faites avec charge de rendre n'importe à quelle époque, il n'aurait pu autoriser les legs à terme ou conditionnels (1). Ce n'est pas exact ; il ne

(1) Duranton, tom. VIII, p. 77, nº 78.

faut pas confondre la substitution et le legs à terme. Dans ce dernier, il n'y a pas d'ordre successif, le légataire à l'échéance du terme, reçoit la chose directement du testateur, et s'il meurt avant l'échéance du terme, il transmet son droit à ses héritiers. Le substitué, au contraire, doit vivre au moment où l'institué lui rend la chose, autrement la substitution serait caduque. Ce qui est vrai, ce qui résulte incontestablement des discussions du conseil d'Etat, c'est qu'on a voulu prohiber les substitutions telles qu'elles étaient usitées dans l'ancien Droit. Or, dans l'ancien Droit, Thévenot nous l'apprend : « Le grevé est présumé n'avoir été chargé de rendre qu'à la mort, à moins qu'il n'y ait dans l'acte quelque terme ou quelque circonstance qui indique le contraire (1). » Lorsqu'on disait : J'institue Primus et je lui substitue Secundus, cette disposition était regardée comme imposant implicitement à Primus la charge de conserver pendant sa vie et de rendre à sa mort à Secundus. Et c'est dans ce sens traditionnel que l'art. 896 entend la charge de rendre.

Donc, il y a des dispositions avec charge de rendre qui ne sont pas prohibées par cet article et dans lesquelles on trouve cependant un institué, un substitué, la charge de conserver et de rendre, et l'ordre successif : c'est lorsque l'institué a été chargé de rendre immédiatement ou après un certain délai, ou lorsque la charge de rendre est subordonnée à une condition susceptible de se réaliser du vivant de l'institué. C'est

(1) Thévenot d'Essaule, nos 919 et suiv.

ainsi qu'un arrêt a décidé que la charge imposée à un légataire de rendre les biens légués à ses enfants au fur et à mesure de leur majorité ne renferme pas une substitution (1).

88. Mais faut-il que la charge de rendre à la mort soit formellement exprimée, ou suffit-il qu'elle résulte de l'ensemble de la disposition? Le testament porte, par exemple : J'institue Primus, et je le charge de rendre à Secundus; y a-t-il substitution? Nous avons vu que dans l'ancien droit où l'on était favorable aux substitutions, une pareille clause était présumée imposer au grevé la charge de rendre à sa mort seulement (2). Mais la présomption n'était point absolue, il fallait tenir compte des circonstances. A plus forte raison dans notre Droit, où les substitutions sont proscrites, faudra-t-il donner à cette présomption le moins d'étendue possible et en accorder, au contraire, beaucoup à cet autre présomption d'après laquelle le testateur ne sera pas regardé facilement comme ayant voulu faire ce que la loi lui défendait. On en conclut que la simple charge de rendre « ne constitue qu'un fidéicommis pur qui s'ouvrirait aussitôt que l'acte dans lequel il serait écrit commencerait d'avoir son effet et qui, par conséquent, transmettrait de suite au substitué le droit d'exiger la délivrance des biens qui doivent lui être rendus comme l'enseigne la loi 41. 14. D. *de Lega-*

(1) Colmar, 25 août 1825; Dalloz, n° 116, 2°.

(2) Thevenot, n° 921. — Ricard, *Traité des Substitutions*, 2e partie, ch. X, n° 6.

tis, 3° (1). » La même opinion est soutenue par un autre auteur, mais avec cette restriction que, si l'on se trouvait dans l'une des hypothèses où les substitutions sont permises par exception, comme dans les articles 1048 et 1049, « alors la charge de rendre, mise indéterminément, devrait s'entendre, comme dans notre ancienne jurisprudence, de la charge de rendre à la mort du grevé...., car telle a été probablement l'intention du disposant (2). » Pour nous, ces derniers mots, l'intention du disposant, forment la règle à laquelle on doit toujours s'attacher. Avant toutes choses, il faut examiner ce que le testateur a voulu; s'il a voulu faire une substitution, il ne faut pas chercher à lui faire dire ce qu'il n'a pas voulu dire pour maintenir une disposition qu'il n'avait pas l'intention de faire dans le sens qu'on lui prête. Quant aux termes mêmes d'où serait censée résulter la condition de ne rendre qu'à la mort, il n'y en a point de sacramentels, il suffirait que la condition « résultât implicitement, mais *nécessairement*, des expressions employées (3). »

89. Supposons donc une clause ainsi conçue : *J'institue Primus et je le charge de rendre ma succession à Secundus*. Cette disposition ne sera pas considérée aujourd'hui comme une substitution : c'est un fidéicommis pur et simple, et, au moment du décès du disposant, Secundus aura le droit d'exiger la délivrance

(1) Toullier, t. III, n° 23.
(2) Duranton, t. VIII, n° 88.
(3) Troplong, I, n° 115.

de la succession (1). Cette manière de disposer est spécialement autorisée dans les actes entre vifs par l'article 1121 qui permet de stipuler pour autrui lorsque telle est la condition d'une donation que l'on fait à un autre. Au reste le grevé n'est point chargé de conserver la succession pendant sa vie pour la rendre à sa mort à l'appelé, il n'y a pas cet *ordre successif*, cette double transmission, en vertu de laquelle le second gratifié ne recueille que lorsque le premier a recueilli et qui caractérise la substitution prohibée.

90. Si le fidéicommis était à terme au lieu d'être pur et simple, il en serait encore de même. Le terme a pour effet de retarder seulement la remise des biens, mais au jour du décès du disposant le droit du légataire à terme est fixé : *cedit dies, nondum venit.* Il n'y a ni institué ni substitué. Mais le terme qui affectera le fidéicommis peut être certain ou incertain : Si le fidéicommis est à terme certain, il n'y a pas de difficulté. Mais supposons un terme incertain : *Je donne à Primus à la charge de rendre à Secundus lorsque ce dernier mourra.* D'après Papinien, ce legs est pur et simple, *quia non conditione, sed mora suspenditur, non potest enim conditio non existere.* (L. 79, D. *de Conditionib. et demonst.*) Le droit au legs est acquis à Secundus au moment du décès du disposant ; il est vrai qu'il ne peut exiger la délivrance du legs pendant sa vie, mais rien ne l'empêche de le vendre ou de l'hypothéquer : « C'est l'espèce inverse des substitutions : la délivrance du fidéicommis

(1) Sur tous ces points, Toullier, t. III, nos 29 et suiv.

ne doit avoir lieu qu'à la mort du fidéicommissaire, tous les droits sont irrévocablement fixés au moment du décès du disposant, il n'y a d'incertain que le terme où doit finir la jouissance de l'héritier (1). »

91. Enfin le fidéicommis peut être conditionnel, c'est lorsqu'il ne doit avoir son effet que quand un événement futur et incertain fixé par le disposant vient à se réaliser. « Tous les fidéicommis conditionnels ne sont pas des substitutions, mais toutes les substitutions sont des fidéicommis conditionnels (2). » Si la condition doit se réaliser du vivant du grevé, la disposition est valable, mais si la condition est de nature à ne pouvoir se réaliser qu'à la mort du grevé, la disposition tombe sous le coup de la prohibition de l'article 896. C'est ce que nous verrons un peu plus loin en comparant le legs conditionnel à la substitution.

IV. — *De l'ordre successif.*

92. Nous avons parlé d'un autre élément de la substitution en vertu duquel le second gratifié ne recueille les biens qu'après que le premier les a recueillis et sous la condition suspensive du prédécès de ce dernier. Ainsi, la propriété repose successivement sur deux têtes : sur la tête du grevé jusqu'à sa mort, et à ce moment sur la tête de l'appelé qui devient propriétaire à son tour. Le grevé a reçu les biens directement du disposant, l'appelé les reçoit aussi directement du

(1) Toullier, *op. et loc. cit.*, n°, 32 *in fine*.
(2) Toullier, *eod.* n°, 34 *in fine*.

même disposant, mais par l'intermédiaire du grevé. C'est l'ordre successif. « Il y a transmission de biens successive et transmission de biens à titre de succession (1). » Dans notre ancien Droit, l'ordre successif était regardé comme l'élément caractéristique, la marque distinctive des substitutions fidéicommissaires. L'ordonnance de 1747 le signalait comme formant un nouveau genre de succession où la volonté de l'homme prend la place de la loi. Le pouvoir de l'homme sur ses biens finit avec sa vie ; par les substitutions, il se survit à lui-même, il dispose de ses biens pour un temps où il ne sera plus. Mais il n'y a pas de substitution sans ordre successif, et du moment qu'on ne rencontre pas ce caractère dans une disposition, on ne saurait la regarder comme prohibée.

93. Supposons que plusieurs personnes soient appelées conjointement ou à défaut l'une de l'autre : il y aura tantôt substitution vulgaire et tantôt simple disposition conjonctive. — J'institue Primus, et dans le cas où Primus ne recueillerait pas, j'institue Secundus. Voilà un exemple de substitution vulgaire ; il n'y a dans ce cas qu'un seul gratifié, qu'une seule libéralité, et l'ordre successif manque par conséquent. L'article 898 permet formellement une pareille disposition, qui n'a rien de commun avec la substitution prohibée, pas même ce nom de substitution que le Code affecte de ne pas lui donner, en haine des substitutions aristocratiques de l'ancien régime.

(1) Laurent, n° 426.

Quid si le testateur avait dit : J'institue Primus et *je lui substitue* Secundus? En Droit romain, on aurait vu dans cette disposition une substitution vulgaire. Dans notre ancien Droit, il y aurait eu substitution fidéicommissaire suivant Thévenot (1), tandis que d'après Ricard il y aurait eu substitution *compendieuse*, susceptible de valoir comme vulgaire ou comme fidéicommissaire, selon le cas qui se présentera (2). Sous l'empire du Code civil, il y a lieu d'appliquer, dans l'espèce, l'article 1157 : Lorsqu'une clause est susceptible de deux sens, on doit plutôt l'entendre dans celui avec lequel elle peut avoir quelque effet que dans le sens avec lequel elle n'en pourrait produire aucun.

94. Le Code suppose qu'une pareille clause pourrait se rencontrer dans une donation entre vifs : c'est impossible, si la donation entre vifs est pure et simple, puisque par l'acceptation le donataire devient irrévocablement propriétaire. Il faudrait que la donation fût faite sous condition suspensive ou résolutoire. La condition suspensive peut défaillir : la donation sera censée n'avoir jamais existé, et le donateur peut, en vue de cette éventualité, donner la même chose à un autre donataire qu'il substitue au premier. La condition résolutoire peut s'accomplir : la donation sera résolue ; le donateur, en cette prévision, peut encore appeler un autre donataire (3). Nous trouvons dans ce sens un ar-

(1) Thévenot, ch. XI, § 3.
(2) Ricard, ch. VI, n° 261.
(3) Troplong, n° 120. — Laurent, n° 428.

rêt qui déclare que lorsqu'après avoir fait une donation entre vifs le donateur a manifesté la volonté de donner les mêmes biens à un tiers dans le cas où le premier donataire décèderait avant lui testateur, il n'y a pas substitution encore que l'acte porte que les deux donataires seront saisis de la propriété dans l'ordre et suivant les conditions de leur vocation (1). Le testateur a pu, en effet, stipuler la résolution de la donation dans le cas où le donataire décèderait avant lui et, supposant cette condition résolutoire accomplie, rien ne s'oppose à ce qu'il fasse donation de la même chose à une autre personne.

95. Si le testateur, au lieu de dire : J'institue Primus et je lui substitue Secundus, avait dit, par exemple : J'institue Primus et, à sa mort, je *mets à sa place* Secundus ; ou bien encore des expressions analogues, comme : *en cas de décès, après sa mort, en quelque temps qu'il décède ;* on est généralement d'avis qu'il y aurait substitution compendieuse (2). Ces diverses locutions ne nous paraissent pas emporter l'ordre successif. Troplong fait cependant observer qu'il faudrait distinguer dans l'espèce de la disposition *en cas qu'il décède* : J'institue Primus, et, en cas qu'il décède, je lui substitue Secundus. Si Primus meurt sans avoir recueilli, il y aura substitution vulgaire. Mais, si c'est le testateur qui meurt le premier et qu'alors Primus se

(1) C. de Poitiers, 3 avril 1818 ; Dalloz, n° 144.

(2) Thevenot, n° 442. — Troplong, n° 121. — Rolland de Villargues, n° 205.

présente pour recueillir l'objet de la libéralité, on lui opposera que la disposition dont il voudrait bénéficier est nulle pour le tout, aux termes de l'art. 896 (1).

J'institue Primus ou ses enfants. La loi 4 (Cod., *de Verb. et rer. signif.*) déclare que c'est comme si le testateur avait dit : J'institue Primus et ses enfants. D'une particule disjonctive elle prétend faire une particule conjonctive, ce qui est contraire à la loi 53 (*eod. tit.*). Cette dernière déclare qu'il ne faut prendre la particule conjonctive pour la disjonctive, et réciproquement, que lorsque des circonstances particulières, le reste de la phrase, commande cette interprétation inusitée. On entendra donc par cette clause, que les enfants ne doivent venir qu'à défaut du père et non pas concurremment.

Mais, si le testateur avait dit : *J'institue Primus et ses enfants*, alors il y aurait une disposition conjonctive. Le père et les enfants seraient gratifiés simultanément et sans ordre successif (2). Il en serait de même de la disposition suivante : J'institue Primus et ses enfants mâles (3).

Quid de la clause : *J'institue Primus et ses héritiers*? D'après certains auteurs il y a substitution, parce qu'il y a ordre successif. En effet, Primus est appelé en premier ordre et non pas concurremment avec ses héritiers, que l'on ne connaîtra qu'à la mort de Primus. Le

(1) Troplong, n° 124.
(2) Rolland de Villargues, n° 153 ; Troplong, n° 112.
(3) Cass., 17 nov. 1818, Dalloz, v° *Dispositions*, n° 311.

titre d'héritier d'une personne ne peut s'acquérir que par le décès de celle-ci. Donc, les héritiers de Primus seront appelés en second ordre après sa mort (1). Rolland de Villargues soutient, au contraire, qu'il n'y a pas substitution : « Qu'importe, dit-il, qu'un individu ne soit appelé qu'après la mort d'un autre qui était gratifié avant lui? Cet événement se rencontre dans l'une et l'autre substitution, directe et fidéicommissaire, puisque le cas le plus ordinaire de la directe est la mort du premier gratifié avant ce disposant (2). » Dès lors pourquoi ne pas admettre que c'est aussi le cas que le disposant a eu en vue puisque c'est le seul moyen de conserver quelque effet à ses intentions ? Nous répondrons que l'on a tort de chercher à maintenir malgré tout une disposition testamentaire. Il ne faut pas faire dire au testateur autre chose que ce qu'il a eu l'intention de dire, et, s'il a eu l'intention évidente de faire une substitution prohibée, on ne doit pas maintenir la disposition en l'interprétant comme substitution vulgaire.

96. Il y a des legs conjonctifs qui renferment, comme l'espèce que nous venons d'examiner, de véritables substitutions. Il est regrettable de voir la jurisprudence les maintenir, si cela est à peu près possible, soit en vertu du droit d'accroissement, soit en vertu de l'article 898. On dépasse la loi et on la viole. C'est à ce point qu'un auteur a pu dire « qu'il suffit aujourd'hui de déguiser sa pensée et de la rendre douteuse pour que la

(1) Thévenot, n° 204.
(2) Rolland de Villargues, n° 155.

libéralité soit maintenue par la jurisprudence (1). » Ainsi qu'un arrêt a pu voir une substitution vulgaire dans le legs fait à trois individus et au survivant des trois. Les motifs sont dignes d'observation : « Attendu que l'esprit général de la jurisprudence, soit des cours d'appel, soit de la Cour de cassation, est de n'annuler, comme fidéicommissaire, une disposition faite depuis le Code qu'autant qu'elle présente nécessairement un fidéicommis et qu'elle ne peut être soutenue d'aucune manière. — Qu'en appliquant ces principes à la clause dont il s'agit, on reconnaît qu'elle ne présente qu'un legs fait conjointement, renfermant un droit d'accroissement dont l'effet était d'assurer la totalité du legs au survivant des trois légataires, dans le cas ou les deux autres auraient précédé le testateur. — Que lorsqu'on voudrait prétendre que les termes, *au survivant des trois*, ne doivent pas être inutiles et qu'ils doivent produire un effet, on devrait regarder cette clause comme renfermant une substitution vulgaire, et que le testateur ne devait être censé avoir appelé le survivant des trois que pour le cas où les deux premiers seraient morts avant lui..... (2). » Or, la clause sur laquelle la Cour statuait de la sorte était générale et ne distinguait pas si les légataires avaient décédé avant le testateur et avant d'avoir recueilli, auquel cas il y asubstitution vulgaire; ou après le testateur, et alors qu'ils avaient déjà recueilli, auquel

(1) Laurent, n° 433.
(2) C. de Besançon, 29 mars 1811; Dalloz, n° 217.

cas il y a libéralité successive et substitution prohibée.

Ainsi on a annulé, avec raison à notre avis, une disposition d'après laquelle le survivant de deux colégataires doit recueillir la totalité du legs après que le premier en aura lui-même recueilli sa portion et en aura joui jusqu'à sa mort (1). De même, le legs d'un immeuble fait à deux personnes pour en jouir ensemble et hériter l'une de l'autre (2).

97. Passons maintenant à l'étude des dispositions conditionnelles, pour les comparer aux substitutions prohibées.

Et d'abord le legs conditionnel est permis : Je lègue mes biens à Primus s'il ne se remarie pas. Primus est propriétaire dès l'instant du décès du testateur, mais si plus tard la condition résolutoire vient à s'accomplir, les biens reviendront aux héritiers naturels du disposant. Nous savons que dans les contrats la condition accomplie a un effet rétroactif au jour où l'engagement a été contracté (art. 1179), et que tout ce que le débiteur conditionnel aurait fait *pendente conditione*, les aliénations, les hypothèques et autres charges qu'il aurait créées, tout s'évanouit par l'accomplissement de la condition. (Art. 2125 et 2182.) En est-il de même dans les legs? « La condition est une ; c'est un seul et même mode qui suspend l'exécution ou la résolution d'un fait juridique ; peu importe quel est ce fait, que ce soit un

(1) C. de Pau, 15 mars 1826 ; Dalloz, nº 113.
(2) Orléans, 18 fév. 1829 ; Dalloz, id.

legs ou un contrat, cela ne change rien à la nature ni aux effets de la condition (1). » Ainsi, il n'est pas nécessaire que le légataire conditionnel soit capable de recevoir à l'époque du testament, ni au décès du testateur, pourvu qu'il soit capable lors de l'accomplissement de la condition. Si le légataire conditionnel mourait avant l'accomplissement de la condition, il ne transmettrait rien à ses héritiers, le legs serait caduc; il n'y a donc pas d'effet rétroactif de la condition quant au légataire. Mais il en est autrement vis-à-vis de l'héritier : si ce dernier aliène ou hypothèque *pendente conditione*, les aliénations qu'il aura faites, les hypothèques qu'il aura consenties tomberont par l'évènement de la condition, et l'objet du legs reviendra au légataire franc et quitte de toutes charges. La condition a donc un effet rétroactif quant à la chose léguée et quant aux tiers (2), et l'effet rétroactif se retrouve aussi bien dans les contrats que dans les testaments.

Revenons donc à notre espèce : *Je lègue à Primus s'il ne se remarie pas*. Que la condition résolutoire vienne à s'accomplir, il sera censé n'avoir jamais été légataire et les biens de l'hérédité passeront directement aux héritiers naturels du *de cuius* qui seront censés en avoir été propriétaires du jour même du décès. Il n'y a qu'une seule libéralité, il n'y a pas ordre successif, il n'y a pas substitution. Il en serait de

(1) Laurent, n° 440.
(2) Toullier. III, n° 544.

même si le testateur avait dit : Je lègue mes biens à Primus si tel navire revient d'Asie dans l'année qui suivra ma mort. Si la condition s'accomplit, Primus sera censé avoir été propriétaire de mes biens, au jour même de mon décès ; si elle vient à défaillir, il n'aura jamais eu de droit sur mes biens, ils passeront directement à mes héritiers naturels.

98. Mais alors, dira-t-on, il est impossible de concilier cet effet rétroactif de la condition accomplie avec la théorie des substitutions prohibées : quoi de plus facile que de déguiser une substitution dans un legs conditionnel : par exemple. Je lègue mes biens à Primus, Secundus les recueillera si Primus meurt avant l'âge de cent ans? Si on déclare que ce legs est valable, un disposant n'aura plus, pour faire une substitution, qu'à mettre à son legs une condition telle qu'elle suppose nécessairement le décès du premier qui aura recueilli. Aussi décide-t-on qu'une pareille clause cache certainement une substitution que le Code a voulu prohiber. Il faut observer toutefois qu'un legs conditionnel ne dégénère pas toujours en substitution parce que la condition est susceptible de se réaliser dans un temps plus ou moins éloigné ; il faut pour cela qu'il apparaisse suffisamment que le disposant a calculé cette longue durée pour pouvoir mieux cacher une disposition prohibée par la loi.

Laurent émet une opinion différente : même dans le cas où la condition ne se réaliserait qu'après la mort du légataire, il n'y a pas substitution. Le legs est anéanti rétroactivement, il n'y a qu'une seule libéralité. Il ne faut pas confondre la condition de survie qui se trouve

dans toute disposition testamentaire, avec la condition résolutoire qui anéantit le legs. « Dans la substitution comme dans tout legs, le substitué doit exister au moment où son droit s'ouvre, c'est-à-dire à la mort de l'institué. Résulte-t-il de là que si la condition se réalise, si le substitué survit, la libéralité faite à l'institué est résolue en ce sens qu'elle est censée n'avoir jamais existé? Non certes. Et comment y aurait-il résolution alors qu'il est de l'essence de la substitution qu'il y ait deux libéralités ! Il n'y en aurait qu'une, si l'institution était résolue rétroactivement. Et, s'il n'y avait plus d'institution, comment y aurait-il substitution (1)? » Donc, ajoute le même auteur, il y a une différence incontestable : il est vrai que les inconvénients des legs conditionnels sont les mêmes que ceux des substitutions, lorsque la condition résolutoire du legs ne doit se réaliser qu'à la mort du légataire ; mais, qu'importe ! le législateur ne les a pas interdits : *odia sunt restringenda*. Au reste la différence est faite par la jurisprudence : Un testateur après avoir légué la moitié de ses biens au profit de son beau-frère dispose que dans le cas où sa fille parviendrait à sa majorité le legs de la propriété de la moitié des biens serait converti en legs d'usufruit et que la nue-propriété appartiendrait à sa fille. Il a été jugé qu'il n'y avait pas substitution, attendu « que le testament contient deux dispositions distinctes et soumises toutes deux à une même condition, savoir, l'avènement de la fille du testateur à son

(1) Laurent, n° 444 et suiv.

âge de majorité : la première, par laquelle le legs fait à l'appelé de la moitié de la succession est révoqué ; et la seconde, par laquelle il lui est fait un nouveau legs de l'usufruit de cette moitié, dont la propriété est en même temps laissée à la fille du testateur (1). » Quoi qu'il en soit, dit en terminant l'auteur déjà cité, « si les décisions sont douteuses, cela tient à la difficulté de la matière (2). »

99. Voyons maintenant quelques espèces de dispositions conditionnelles : et d'abord les dispositions affectées d'une condition suspensive.

Je lègue à ma femme la moitié de mes biens, si mes enfants meurent avant elle. La question de savoir si cette clause renfermait un legs conditionnel ou une substitution était fort controversée dans notre ancien Droit. Elle l'est encore aujourd'hui. Suivant Toullier (3), il n'y a qu'un legs fait à la mère sous cette double condition que la mère survivra aux enfants et que ceux-ci n'auront point disposé. La disposition reviendrait donc à un fidéicommis *de residuo*. — On répond avec raison, croyons-nous, que la faculté indéfinie d'aliéner que ce système accorde aux enfants ne résulte point de la disposition, qu'il en résulte au contraire implicitement une charge de rendre : « La propriété appartiendrait d'abord aux enfants en vertu du droit du sang, et ces enfants jouiraient de la chose léguée.

(1) C. de Bruxelles, 13 déc. 1819, Dalloz, n° 136.
(2) Laurent, n° 446. *Op. et loc. cit.*
(3) Toullier, n° 47. *Op. et loc. cit.*

dès l'instant du décès du disposant; » dire que la femme aura, en vertu du legs, la propriété, si les enfants décèdent avant elle, c'est faire ouvertement une substitution : il y a contre les enfants charge de conserver et de rendre (1).

J'institue Primus pour mon héritier, si Primus meurt *avant sa majorité*, les biens *devenus libres* par son décès appartiendront à Secundus. — On reconnaît généralement une substitution dans une disposition de ce genre. Certain auteur n'y voit pas cependant cette longue incertitude de la propriété qui forme l'un des caractères essentiels de la substitution prohibée (2). Mais son opinion nous paraît peu conforme aux principes et surtout difficile à concilier avec celle qu'il émettait dans l'espèce précédente. Il y a une règle; il faut l'appliquer sans se préoccuper si dans tel ou tel cas donné l'incertitude de la propriété sera plus ou moins longue. Aussi la Cour de cassation a décidé dans ce cas qu'il y avait substitution fidéicommissaire, « puisqu'on y trouvait charge de conserver et de rendre avec trait de temps et ordre successif; que l'époque de l'ouverture de la substitution fixée à la mort de Balandra avant sa majorité, n'en change pas la nature et les caractères, tels que les définit l'art. 896... (3) »

Je lègue ma maison à Primus et s'il ne se marie point je lègue la même maison à Secundus. — Dans cette

(1) Grenier, *Traité des Donations*, t. I, page 119, et en ce sens Rolland de Villargues, n° 87 et Troplong, n° 158.

(2) Rolland de Villargues, n° 88.

(3) Req., 22 nov. 1842; Dalloz, n° 141.

espèce on ne peut savoir, si le droit de Secundus s'ouvrira, qu'au décès de Primus : jusqu'à son décès Primus peut se marier et ce n'est qu'au cas où il décède sans s'être marié que Secundus recueille le legs. Il y a substitution (1).

100. Nous avons supposé jusqu'ici que la disposition était soumise à une condition suspensive. Voyons maintenant la condition résolutoire.

Je lègue le fonds Cornélien à Primus et, s'il décède sans postérité, je veux que ce fonds appartienne à mes héritiers *ab intestat*. — Cette disposition est valable, dit-on, parce qu'elle ne présente pas cette double vocation exigée par l'article 896 pour constituer une substitution. L'héritier institué n'est pas un second légataire, il sera appelé à recueillir le fonds en qualité d'héritier *ab intestat*, puisque le testateur n'a pas choisi nommément et personnellement entre ceux que la loi appelle. On répond que la libéralité dont il s'agit présente au contraire la double vocation de l'article 896. Le légataire Primus est appelé en premier ordre et il est obligé de conserver pour pouvoir rendre à sa mort, dans le cas où la condition se réaliserait, aux héritiers *ab intestat*, qui sont véritablement appelés en second ordre.

Mais il n'y aurait pas substitution, si le testateur avait dit : Je lègue mes biens à Primus pour en jouir et disposer en toute propriété à compter du jour de mon décès, et si Primus meurt sans postérité je veux

(1) Nimes, 11 août 1812; Dalloz, n° 150.

que les biens retournent à mes héritiers naturels. Dans ce cas le testateur permet formellement au légataire de disposer de ses biens, et ce n'est qu'au cas où il n'en aurait pas disposé et où la condition résolutoire viendrait à s'accomplir que les héritiers naturels du *de cujus* seraient appelés (1). Il n'y a dans l'espèce qu'un legs *de eo quod supererit*.

Je lègue mes biens à Primus, mais je le charge de les conserver et de les rendre à Secundus s'il revient de la guerre. — La condition se réalise, Secundus recevra directement les biens du testateur parce que l'accomplissement de la condition a pour effet de remettre les choses dans le même état que si la disposition au profit de Primus n'avait pas existé. Ici, comme le fait très bien remarquer Toullier, la libéralité faite à Primus sera anéantie si la condition s'accomplit ; c'est le substitué qui est préféré au grevé, contrairement à ce qui a lieu dans les substitutions prohibées où la libéralité faite au profit de l'institué doit, dans tous les cas, subsister la première et de préférence à celle qui est faite au substitué, qui ne doit recueillir qu'après que l'institué aura recueilli (2).

Quid de l'espèce suivante : Il m'est dû par la maison de Pouilly 61,000 fr. que je lègue à la dame de Pouilly ou à ses enfants après la mort de ma fille, la dame d'Abzac, si elle n'a point d'enfants? — Il y aurait substitution prohibée si, dans l'intervalle de la mort

(1) C. de Bourges, 31 novembre 1841 : Dalloz, n° 127.
(2) Toullier, loc. et op. cit., n° 40.

du testateur à la mort de la dame d'Abzac, *pendente conditione*, cette dernière avait pu exiger de la maison de Pouilly le paiement des 61,000 fr. dus au testateur, auquel cas la dame d'Abzac eût été obligée de conserver et de rendre à sa mort cette somme si la condition de son décès sans postérité venait à se réaliser. Mais on décida, par interprétation de la volonté du testateur, que la dame d'Abzac ne pouvait pas exiger le paiement des 61,000 fr. jusqu'à l'avènement de la condition. Dès lors elle n'avait rien à conserver et rien à rendre : « Attendu que la comtesse d'Abzac n'était pas chargée de rendre aux légataires la somme même de 61,000 fr., puisque, d'après l'intention du testateur, cette somme ne devait être due par eux qu'au moment de l'échéance de la condition et n'a jamais été dans la succession; qu'elle n'était pas chargée de leur rendre un titre, puisque les légataires n'en avaient pas besoin et trouvaient le leur dans le testament; qu'enfin elle n'était pas chargée de les investir de la créance, puisque, au moyen de la remise contenue dans le legs, cette créance était anéantie de plein droit au moment de l'échéance de la condition (1). » La Cour de cassation, en présence de cette interprétation de la volonté du testateur, décida qu'il n'y avait pas substitution prohibée.

101. Une disposition conditionnelle peut se trouver affectée tout à la fois d'une condition suspensive et d'une condition résolutoire : ainsi, dans l'espèce sui-

(1) C. de Nancy, 18 mars 1833, et Req., 30 déc. 1835 ; Dalloz, n° 138.

vante : Je lègue à Primus, à la charge de rendre à Secundus s'il atteint sa majorité. Il est alors assez peu facile de distinguer cette disposition conditionnelle d'une substitution prohibée qui présente également une condition résolutoire et une condition suspensive.

On peut cependant poser en règle générale que, lorsque la condition résolutoire ne doit se réaliser qu'au décès du grevé, il y a substitution prohibée ; tandis que si la condition est susceptible de se réaliser ou de se vérifier du vivant du testateur, il y a disposition conditionnelle permise. En effet, l'article 1121 permet de stipuler en faveur d'un tiers lorsque telle est la condition d'une donation que l'on fait à un autre, et cet article ne distingue pas si la donation est pure et simple ou si elle est conditionnelle. Dans notre espèce, la condition résolutoire pour Primus, suspensive pour Secundus, n'étant pas le décès de Primus, il n'y a pas substitution prohibée (1).

102. Mais qu'arrivera-t-il si les deux dispositions conditionnelles sont l'une et l'autre affectées d'une condition suspensive : Je lègue à Primus s'il survit à Secundus, je lègue à Secundus s'il survit à Primus. — Dans ce cas, la chose léguée reste entre les mains de l'héritier jusqu'au décès de l'un ou l'autre légataire. Le droit du survivant étant soumis à la condition suspensive de la mort de son colégataire, et celui-ci n'ayant d'ailleurs rien acquis, ni rien transmis, l'ordre successif fait défaut, il n'y a pas substitution. Le survivant

(1) Cour de Bruxelles, 13 déc. 1809, Dalloz, nº 136.

de Primus ou de Secundus est censé tenir son legs directement du testateur (1).

103. Notons bien, toutefois, qu'il ne suffirait point d'ajouter une condition à une substitution prohibée pour en faire une disposition conditionnelle permise. Non; l'article 896 ne distingue pas, il prohibe tout aussi bien la substitution pure et simple que la substitution conditionnelle (2). L'ordre successif n'en existe pas moinsbien qu'il ne soit établi que conditionnellement. — « S'il suffisait d'ajouter une condition à la substitution pour la rendre valable à titre de legs conditionnel, les substitutions échapperaient toujours à la prohibition de la loi, puisqu'il suffirait de dire, par exemple, que si l'institué venait à décéder avant sa centième année, les biens passeraient à d'autres légataires. La condition se réaliserait presque toujours et la substitution produirait son effet (3). » Cette doctrine a été consacrée par de nombreux arrêts. Ainsi, on a décidé qu'il y avait substitution dans la disposition ainsi conçue : J'institue mes deux neveux et dans le cas où l'un d'eux mourra sans enfants, les biens à lui légués reviendront à son colégataire. D'abord, on ne peut voir dans cette espèce une substitution vulgaire, puisque chacun des légataires commence par recueillir une chose différente. Il n'y a pas non plus legs conditionnel, car, il faudrait pour cela sous-entendre cette condi-

(1) C. d'Agen, 1er juin 1838 Dalloz, n° 152.
(2) Troplong, n° 157 à 161. — Demolombe, XVIII, 156.
(3) Laurent, n° 435.

tion, que si l'un des légataires survit à l'autre, il recueillera le tout; et, l'on ne peut pas imaginer ainsi des conditions pour faire valoir des dispositions que la loi réprouve. Du reste, dans un legs conditionnel, il n'y a qu'un seul gratifié; ici, il y a deux gratifiés; l'institution est pure et simple, la charge de rendre est conditionnelle (1).

CHAPITRE II

DE L'INTERPRÉTATION DES ACTES ATTAQUÉS COMME RENFERMANT UNE SUBSTITUTION

SOMMAIRE

104 En général, le doute sur le sens d'une disposition exclue l'idée de substitution.
105 Mais le doute doit être absolu.
106 Variations de la jurisprudence.
107 Il faut s'attacher au sens plutôt qu'aux termes de la disposition.
108 Il faut rejeter la substitution conjecturale.
109 Rôle de la Cour de cassation dans l'interprétation des substitutions.
110 Des dispositions qui présentent une substitution compendieuse.
111 Des dispositions où l'on peut voir, soit une substitution prohibée, soit une disposition de l'usufruit et de la nue-propriété.
112 Des dispositions conditionnelles permises comparées aux substitutions prohibées.

(1) C. de Rouen, 24 août 1812; Dalloz, n° 155. Cass. 31 mai 1865; Dalloz, 1865, I. 438.

113 Du fidéicommis *de residuo* par rapport à la substitution prohibée.
114 Droit d'accroissement et substitution prohibée.

104. Un testateur qui écrit ses dernières volontés doit être censé avoir voulu faire un acte valable; et, généralement, dans le doute, lorsque sa disposition présentera un double sens, l'un dans lequel il y aura substitution prohibée, l'autre dans lequel il y aura disposition permise, il faudra interpréter dans le sens de la validité. C'est la règle romaine, *actus intelligendi sunt, potius ut valeant, quam ut pereant*, reproduite par l'article 1157 du Code civil : « Lorsqu'une clause est susceptible de deux sens, on doit plutôt l'entendre dans celui avec lequel elle peut avoir quelque effet, que dans le sens avec lequel elle n'en pourrait produire aucun. » Et cette règle est d'autant mieux applicable dans ce cas que lorsqu'on déclare qu'un acte renferme une substitution, la disposition est nulle pour le tout (1).

Cette première règle d'interprétation a été consacrée maintes fois par la jurisprudence. Un arrêt de la Cour d'Aix déclare : « que lorsqu'il s'agit de prononcer la nullité d'un acte, il est de règle que l'interprétation qui valide l'acte doit toujours être préférée à celle qui l'annule (2).

105. Mais à cette première règle il faut se hâter d'ajouter un tempérément : c'est qu'elle n'est appli-

(1) En ce sens, Rolland de Villargues, n° 123 et suiv.; Troplong, n° 117.
(2) Cour d'Aix, 10 fév. 1825; Dalloz, n° 312.

cable qu'en cas de doute et de doute absolue. Il faut qu'en rapprochant les diverses clauses de l'acte, il ait été impossible de découvrir la véritable intention du disposant. Si la clause n'est ni ambiguë, ni équivoque, si le sens est certain ; il ne faut pas, pour maintenir la disposition qui est entachée de substitution, faire dire au testateur plus, ou autre chose qu'il n'a dit. « Attendu que la loi donne sans doute aux magistrats le pouvoir discrétionnaire de rechercher l'intention du testateur et d'interpréter, en la combinant avec les autres, la clause du testament où se trouve la disposition attaquée, mais que le juge ne doit user de ce pouvoir que lorsque la clause est véritablement ambiguë et non dans le cas cas où elle présente un sens clair et positif (1). » C'est qu'en effet le sens dans lequel l'acte ne produit aucun effet touche à l'ordre public ; pour rejeter ce sens, il faut un doute invincible (2) un doute qui résiste à tous les efforts de l'interprétation, et qui porte non-seulement sur les caractères de la disposition, mais sur l'intention du disposant. La Cour suprême l'a reconnu dans un arrêt remarquable rendu sur le rapport du conseiller Mesnard : « Attendu, en droit, que, si, dans les clauses ambiguës ou susceptibles de deux sens, on doit s'attacher à faire prévaloir celui avec lequel elles peuvent produire effet, ce principe cesse de recevoir son application lorsque le sens de la disposition est assez nettement déterminé pour ne donner lieu à aucune ambiguité... (3).»

(1) Montpellier, 21 mars 1841 ; Dalloz, n° 259.
(2) Cass. 4 déc. 1865 : Dalloz, 66, 1, 38.
(3) Cass. 18 av. 1842 ; Dalloz, n° 259.

106. La jurisprudence est en ce sens, seulement les derniers arrêts sont moins sévères que les premiers. On a trop souvent imaginé des doutes là où il n'y en avait pas, et quand on est à la recherche de motifs de douter, il est rare qu'on n'en trouve point. Ainsi un arrêt de la Cour de cassation a décidé : « que l'obligation de conserver et de rendre n'étant pas littéralement exprimée dans le testament, cet acte ne pourrait être annulé que dans le cas où, contenant une substitution, il serait impossible de lui donner un autre sens, le doute devant toujours être interprété en faveur de la disposition (1). » Un autre arrêt plus récent dit aussi : « que, si la charge de conserver et de rendre n'est pas *impérativement* et *littéralement* exprimée, ou si elle ne s'induit pas *nécessairement* des termes de la clause testamentaire, le doute doit s'interpréter en faveur de la disposition (2). »

Nous croyons que la jurisprudence doit revenir à la doctrine qui nous paraît plus juridique de l'arrêt du 22 juin 1812 : « Attendu que, lorsqu'une clause est claire et précise, il n'y a pas lieu à interprétation ; que, dans l'espèce, il ne s'agissait pas de rechercher quelle avait été la commune intention des parties contractantes ni ce qu'elles avaient voulu faire, mais qu'il fallait s'arrêter à ce qui avait été fait ; et, qu'il avait été fait réellement une substitution fidéicommissaire. Qu'enfin, lorsqu'il s'agit de déterminer la nature et l'essence

(1) Cass., 5 juillet 1832. — Dalloz, n° 70 2°.
(2) Cass. 14 juin 1865 ; Dalloz, 1865, 1, 437.

d'un acte, dans les cas où la loi annule ou prohibe, une fausse interprétation qui tend à maintenir ce que la loi prohibe et annule, couvre une véritable violation de la loi et qu'ainsi cette espèce d'interprétation ne peut être à l'abri du recours en cassation (1). »

Ainsi donc, il résulte de tout ce que nous venons de dire que le doute sur le sens d'une disposition exclut l'idée de substitution, mais que ce doute doit être réel, invincible, et qu'il ne suffirait pas, comme semble le dire l'arrêt de 1832, qu'il y eut deux interprétations possibles.

107. Il peut arriver que le testateur, dans le but de déguiser une substitution prohibée, se serve, à dessein, soit d'une tournure frauduleuse, soit d'expressions équivoques, soit d'une fausse dénomination qu'il donne à sa disposition. Il appartient aux juges d'apprécier le sens de l'acte sans toutefois en changer la nature (2), et de réprimer sévèrement toutes les fraudes qui pourraient se présenter. Dans ce but, ils devront s'attacher plutôt au sens de la disposition qu'aux termes mêmes que le disposant aura pu employer. Il n'est plus de termes sacramentels auxquels la loi attache nécessairement l'effet de produire une substitution. Nous avons vu qu'en Droit romain la simple prière de conserver et de rendre était considérée comme emportant substitution ; mais il n'en est plus de même dans notre Droit. En effet, l'autorité des lois romaines en France a été

(1) Cass., 22 juin 1812; Dalloz, n° 203 2°.
(2) Cass., 14 mars 1819; Dalloz, n° 158 1°.

anéantie pour toute matière devenue l'objet du Code par la loi du 30 ventôse an XII. Cependant, en général, le Droit romain, considéré comme raison écrite, peut encore être pris par les juges comme régulateur de leurs jugements. Mais, en matière de substitution, il faut bien se garder d'appliquer ce principe général, par cette raison bien simple que les lois romaines favorisaient les substitutions, tandis qu'elles sont vues de très mauvais œil par le Code civil.

108. Ainsi le Droit romain permettait de baser un fidéicommis sur des conjectures et sur de simples présomptions. « On les avait même si fort étendues, dans notre ancien Droit, qu'il était peu de dispositions où l'on ne parvint à découvrir quelque substitution conjecturale (1). » De là des abus nombreux et des procès interminables auxquels d'Aguesseau avait essayé de mettre un terme ; tout en laissant subsister les conjectures qui étaient basées sur des textes précis de Droit romain, il avait voulu que les testateurs s'expliquent suffisamment sur leurs volontés dernières ; c'est ainsi que les enfants mis simplement dans la condition étaient exclus de la substitution et que la représentation n'était plus admise, à moins que le substituant ne l'eût ordonnée (2). Aujourd'hui, rien de tout cela, il n'y a plus de substitution basée sur des conjectures et, par conséquent, il faudra se défier des auteurs anciens qui n'envisageaient pas le sujet qui nous occupe avec le même esprit que nous.

(1) Furgole, com. de l'ord. de 1747, t. VII, p. 6.
(2) Ord. de 1747, art. 19 et 21, tit. I.

109. Quant au rôle de la Cour de cassation dans l'interprétation des actes impugnés comme renfermant une substitution, il est tracé dans un arrêt que nous avons cité plus haut et qui établit la distinction suivante : Si la Cour d'appel ne s'est trompée que sur l'existence d'un fait, qui, s'il existait, entraînerait avec lui substitution, il y aura erreur de fait, la Cour de cassation n'a pas à en connaître, elle n'entre pas dans l'examen des points de fait. Si la Cour d'appel s'est trompée, non point sur l'existence de tel ou tel fait, mais sur sa nature et sur son véritable caractère, alors il y aura erreur de droit qui ne saurait être à l'abri du recours en cassation (1). Mais le rôle de la Cour n'est pas de rechercher l'intention du disposant lorsque cette intention est affirmée par les juges du fond et qu'elle n'est démentie formellement ni par les clauses de l'acte ni par les conséquences qui en découlent (2).

Arrivons maintenant à l'application de ces règles d'interprétation et tâchons d'en déduire les conséquences principales :

110. Une disposition peut être conçue sous forme de substitution *compendieuse*, c'est-à-dire, en termes tels qu'elle implique substitution vulgaire aussi bien que substitution fidéicommissaire. Nous avons vu qu'autrefois de pareilles substitutions étaient valables à l'un comme à l'autre titre, suivant les circonstances. Aujourd'hui la jurisprudence valide cette disposition en la considérant

(1) Cass. 22 juin 1812; Dalloz, nos 203 et 263.
(2) Cass. 4 déc. 1865; Sirey, 66, 1, 70.

comme une substitution vulgaire. C'est se montrer trop facile ; car, si réellement le disposant a voulu faire une substitution fidéicommissaire, et si on maintient sa disposition à titre de substitution vulgaire, on interprète l'acte contrairement à la volonté de celui qui l'a fait, on encourage les testateurs à se servir de termes équivoques pour échapper à l'article 896 et l'on élude ainsi une prohibition qui est d'ordre public (1).

Ainsi dans l'espèce suivante : « Je lègue telle part de mes biens à Primus, reversible sur sa femme et sur ses enfants. » La Cour de cassation déclare que « l'obligation de conserver et de rendre n'étant pas littéralement exprimée, la disposition ne peut être annulée que dans le cas où, contenant évidemment une substitution il ne serait pas possible de lui donner un autre sens (2). » Ici, on a considéré le legs comme fait à la femme, pour le cas où son mari viendrait à mourir avant le testateur, et aux enfants, pour le cas où leurs père et mère seraient morts également avant le testateur.

Un autre arrêt a pu voir une substitution vulgaire dans l'espèce ci-après : « J'institue mon neveu pour mon légataire universel, à charge de rendre à l'aîné de ses enfants mâles tous les biens qu'il recueillera en vertu dudit legs ; dans le cas où mon dit légataire viendrait à décéder sans enfants mâles, je lui substitue mon beau-frère... » La première disposition était permise par la loi de 1826. Quant à la seconde, on l'a interprétée en ce

(1) Laurent, op. et loc. cit., n° 490 et suiv.
(2) Cass. 24 mars 1829 ; Dalloz, n° 258, 2°.

sens, que le beau-frère n'était substitué que pour le cas où le légataire viendrait à mourir sans enfants mâles avant le testateur (1). Evidemment, ce n'est qu'en faisant violence au sens de la disposition qu'on pouvait la valider. Rodière et Laurent critiquent vivement cette manière d'interpréter (2) et, nous croyons avec eux et nombre d'autres auteurs, que la Cour de cassation et les cours d'appel qui ont jugé d'après les mêmes vues, se sont montrées beaucoup trop larges.

Leur décision était plus juridique dans l'arrêt qui déclare qu'il n'y a point substitution compendieuse, mais bien disposition prohibée dans un testament ainsi conçu : « Je lègue mes biens à Marie Douet ; et, dans le cas où elle viendrait à mourir avant son mari, le legs retournera à ses enfants. » Bien que la légataire et son mari fussent morts en fait avant le testateur, le legs fut déclaré nul. Dans l'espèce, en effet, il y avait stipulation d'un retour au profit des enfants qui ne devaient recueillir qu'après le décès du premier légataire. Il y avait donc deux gratifiés, un premier gratifié qui jouissait pendant sa vie : la mère ; un second gratifié qui était appelé en second ordre : les enfants (3). Nous croyons que la règle véritable, celle qu'il faut suivre, est tracée dans l'arrêt suivant de la Cour de cassation : Il ne suffit pas qu'il y ait deux interprétations possibles, il faut que le juge examine laquelle répond aux

(1) Cass., 23 juill. 1834 ; Dalloz, n° 120.
(2) Rodière, *Revue de Leg.*, t. I., page 312 ; Laurent. n° 491.
(3) Paris, 11 mars 1811 et Cass., 15 janvier 1812 ; Dalloz, n° 106-2°.

termes de l'acte, sans choisir invariablement celle qui valide (1).

111. Comme nous l'avons déjà dit plus haut, une disposition peut encore être conçue en termes tels qu'on ignore si le disposant a voulu faire une substitution prohibée ou s'il a simplement entendu gratifier deux légataires, l'un de l'usufruit, l'autre de la nue-propriété de ses biens. Ici encore, s'il y a doute, et que le doute résiste à l'interprétation, il faudra entendre la disposition dans le sens de la validité. Ainsi dans l'espèce suivante : « Je nomme et institue pour mon héritier universel mon frère, pour prendre possession de mes biens après ma mort, pour jouir des revenus sa vie durant, et après sa mort, mon neveu prendre possession de tous les biens que j'aurai laissés à mon frère. » La cour de Montpellier a décidé qu'il n'y avait pas substitution, parce qu'il n'y avait point charge de conserver et de rendre ; que les mots : *j'institue et je nomme pour mon héritier* n'emportaient point nécessairement, dans notre législation actuelle, l'idée de transmission de propriété au profit du premier légataire ; que l'intention du disposant se manifestait dans ces mots : *pour jouir des revenus sa vie durant* ; et, que ce n'était, par conséquent, qu'un legs d'usufruit que le disposant avait fait au profit de son frère (2).

Je donne et légue à mon mari tous les biens qui

(1) Cass., 29 fév. 1864 ; Dalloz, 1864-1. 213. V. aussi Cass., 26 décembre 1836 ; Dalloz, n° 218.

(2) C. de Montpellier, 12 mars 1830 et Cass., 25 juill. 1832 ; Dalloz, n° 174-5°.

dépendent de ma succession, à la condition : 1° qu'il ne se remariera point, ou tous mes biens sont aux pauvres pour fonder un établissement de charité ; 2° qu'après lui les biens provenant de ma succession servent à fonder un établissement de charité. Ici encore, la Cour de cassation n'a pas vu un legs de propriété au profit du mari ; celui-ci, n'est point chargé de conserver et de rendre les biens, il est légataire sous condition ; et, cette condition même détermine le caractère du legs qui lui est fait, c'est un legs d'usufruit au profit du mari, un legs de propriété au profit de l'établissement de charité (1).

Jusque-là nous n'avons pas à critiquer l'interprétation de la Cour de cassation, mais nous ferions nos réserves sur l'espèce suivante : Je lègue l'usufruit de tel fond à Primus et à Secundus, et la propriété au survivant. — Chacun des légataires recevra-t-il la moitié du fonds, à la charge de la conserver pendant sa vie et de la rendre au survivant ? Ou, peut-on dire, sans s'écarter de la volonté du testateur, que chacun des légataires, jusqu'à l'avènement de la condition, sera considéré seulement comme usufruitier de sa moitié, de sorte qu'il y aura disposition de l'usufruit au profit du survivant des deux ? La propriété serait suspendue jusqu'au décès du prémourant, le legs serait conditionnel, quant à cette propriété (2). La Cour de cassation s'est décidée dans ce sens et son arrêt est approuvé

(1) Cass. 16 juillet 1838. Dalloz, n° 179.
(2) Cass. 26 juillet 1808 ; Dalloz, n° 214. — Toullier. t. V. n° 46.

par Toullier. Nous croyons que dans l'espèce on s'est trop préoccupé du moyen qu'on pourrait employer pour valider la disposition et qu'on n'a pas recherché suffisamment l'intention réelle du testateur. On a trouvé dans la disposition un legs d'usufruit et une condition suspensive, alors qu'il n'est question dans le testament ni de l'un ni de l'autre. N'est-ce point là une interprétation basée uniquement sur des conjectures, et pourquoi repousse-t-on dès lors les substitutions conjecturales (1) ?

« Je légue la propriété de mes biens aux enfants à naître de mon fils, voulant qu'il se contente d'en jouir en usufruit sa vie durant. »

Dans notre ancien Droit, on voyait là une substitution : « Par le principe que la propriété ne peut rester en suspens, elle appartiendra au fils jusqu'à ce qu'il lui survienne des enfants, malgré la clause qui le réduit au simple usufruit (2). » Nous croyons qu'aujourd'hui on peut voir dans cette espèce deux legs distincts, l'un de l'usufruit, l'autre de la nue-propriété. Le père sera légataire de l'usufruit et les enfants nés ou conçus lors de l'ouverture du testament seront légataires de la nue-propriété (art. 906). Si le légataire n'avait pas d'enfant, même conçu à ce moment, la nue-propriété serait toujours restée entre les mains de l'héritier légitime (3).

(1) Laurent, n° 498. — *Contra* Rolland de Villargues, n° 95.

(2) Thevenot d'Essaule, n° 287.

(3) Rolland de Villargues, n° 251. — Duranton, VIII, n° 52. — Caen, 11 août 1825 ; Dalloz, n° 185.

« Je lègue mes biens à mes cousins pour en jouir en usufruit, voulant que le tout soit insaisissable et inaliénable dans leurs mains pour que lesdits biens passent à leurs enfants, et, au cas où ils n'en auraient point, au parent le plus proche en degré. » La Cour de Paris a jugé qu'il n'y avait pas substitution parce que léguer des biens pour en jouir en usufruit, c'est léguer l'usufruit, et, du moment que les premiers gratifiés ne sont qu'usufruitiers, il n'y a qu'un seul legs en propriété; la disposition est valable (1).

112. La difficulté se complique encore davantage lorsqu'il s'agit de distinguer une substitution d'une autre disposition conditionnelle permise. C'est que toute substitution est elle-même une disposition conditionnelle : le droit de l'appelé se trouve soumis à la condition suspensive du prédécès du grevé, le droit du grevé lui-même est soumis à la condition du prédécès de l'appelé. Dans toute substitution, il y a en outre un trait de temps comme dans les dispositions conditionnelles. Et ce trait de temps n'est pas un instant de raison, un point mathématique, comme en Droit romain, c'est un certain intervalle qui sépare le moment où le premier gratifié a recueilli du moment où le second gratifié viendra recueillir. Ce qui caractérise le trait de temps dans la substitution prohibée, c'est qu'il se prolonge jusqu'à la mort du grevé et qu'il n'est point supprimé *in præteritum*, par l'ouverture de la substitution. Le trait de temps qui se rencontre aussi dans

(1) Paris, 16 av. 1811; Dalloz, n° 174-1°.

les dispositions conditionnelles permises ne présente pas ce double caractère. D'abord, il ne se prolonge pas jusqu'à la mort du grevé, car une telle condition apposée à un legs ferait de ce legs une substitution prohibée. Et en second lieu, lorsqu'il s'agit d'une disposition conditionnelle, l'accomplissement de la condition rétroagit et supprime le trait de temps dans le passé : Aussi, dans un legs, la condition accomplie a un effet rétroactif au jour du décès du disposant et fait considérer le légataire conditionnel comme propriétaire du jour même du décès. Dans les substitutions, il n'en est pas de même : que le grevé vienne à mourir, que l'appelé recueille après sa mort, il ne sera pas censé propriétaire du jour du décès du *de cujus*, le temps pendant lequel le grevé aura été propriétaire ne sera pas considéré comme n'ayant jamais existé. Au contraire, par un effet de l'ordre successif, c'est bien du disposant que l'appelé tiendra sa libéralité, mais il ne la tiendra du disposant que médiatement et par l'intermédiaire du grevé, de sorte que l'ouverture de la substitution présentera vis-à-vis de l'appelé l'*image d'une succession* (1). Et voilà pourquoi il suffira que l'appelé soit né ou conçu au moment du décès du grevé.

Tel est le point caractéristique qui différencie exactement le legs conditionnel de la substitution : dans la substitution, il y a essentiellement deux libéralités successives et deux libéralités à titre de succession. Dans le legs conditionnel, il n'y a qu'une seule libéralité :

(1) Demolombe, XVIII, n° 91.

la condition du legs ne s'est réalisé qu'au bout de vingt ans, pendant vingt ans l'héritier a conservé la chose léguée avant de la livrer au légataire conditionnel; vingt ans, c'est un trait de temps respectable; eh bien! la condition accomplie a pour effet d'anéantir ce trait de temps, de le supprimer dans le passé comme s'il n'avait jamais existé.

En pratique, il peut être difficile de discerner si le disposant a voulu faire une substitution prohibée ou s'il n'a fait qu'une disposition conditionnelle permise. Pour juger dans ce dernier sens, il faut qu'il y ait doute, et toujours, suivant la règle que nous avons posée, doute invincible. Nous croyons que la cour de Colmar a fait une application exacte des principes dans l'espèce suivante : J'institue mon mari pour mon héritier et dans le cas où il convolerait en secondes noces, il sera tenu de rendre la moitié aux pauvres (1). — Il n'y a pas substitution, il n'y a qu'un legs affecté d'une condition qui doit arriver par le fait et du vivant du légataire, et dont l'accomplissement aurait pour effet d'effacer le trait de temps et de résoudre la libéralité comme si elle n'eut jamais existé. Mais en est-il de même dans le testament qui suit : « Dans le cas où mon petit-fils mourrait sans enfants, je veux qu'il soit réputé n'avoir recueilli qu'en usufruit la moitié de ma succession et je lègue la propriété de cette moitié à mes neveux et nièces. » La cour d'Angers déclare qu'il n'y a pas substitution et la Cour de cassation confirme

(1) Colmar. 8 août 1819; Dalloz, n° 116-1°.

l'arrêt d'Angers parce que la clause peut être interprétée comme contenant deux legs conditionnels, l'un de l'usufruit, l'autre de la nue-propriété (1). Mais si on permet une pareille clause, toutes les substitutions seront valables ! Et qu'on ne s'arrête pas à cette considération, d'ailleurs peu juridique, que cette clause que l'on permet ainsi ne présente pas tous les inconvénients d'une substitution prohibée, parce que l'appelé devra être vivant au moment du décès du testateur et que le grevé, n'ayant qu'un droit conditionnel rendu public, ne pourra point en abuser pour tromper les tiers ! On oublie trop cette circonstance décisive que la prohibition de l'article 896 touche à l'ordre public.

113. Si une disposition attaquée comme entachée de substitution peut être regardée comme renfermant seulement un fidéicommis *de residuo*, on doit de préférence l'entendre dans ce dernier sens, pourvu cependant que l'intention du disposant soit véritablement douteuse, et que, d'après les termes de sa disposition combinés avec les autres circonstances de l'acte, on ne puisse pas induire de son testament une substitution prohibée. Ainsi le testateur a dit : Je lègue à Primus pour lui jouir et disposer en bon père de famille à la charge de rendre à ses enfants. Attendu qu'on ne trouve pas ici l'obligation de conserver l'hérédité, que l'on rencontre précisément une disposition contraire, puisque le légataire peut jouir et disposer, ce qui est

(1) Angers, 19 juill. 1854. — Cass., 30 av. 1855 ; Sir., 56, 1, 607.

inconciliable avec l'obligation de rendre (1)... Rolland de Villargues critique cependant cet arrêt et voit dans cette espèce une substitution prohibée, parce que le droit de jouir et de disposer n'étant pas limité par un temps quelconque, le grevé doit l'exercer toute sa vie, en sorte que la clause revient au même que si le grevé avait été chargé de conserver et de rendre. On lui répond que, même en admettant l'interprétation qu'il donne à la clause de conserver et de rendre, cette interprétation n'entamerait nullement l'argument principal de cet arrêt, à savoir que la faculté de disposer ne ne peut se concilier avec l'obligation de rendre (2). Nous croyons que, dans l'espèce, il y a simplement fidéicommis *de eo quod supererit*. Je lègue à Primus pour en faire et disposer en toute propriété et jouissance ; et, si Primus vient à décéder sans enfants, je veux que mes biens retournent à Secundus. — Une pareille disposition, ne contenant pas la charge de conserver et de rendre à un substitué, est valable. « La clause par laquelle le testateur donne les mêmes biens à ses héritiers, dans le cas où le légataire viendrait à mourir sans enfants, venant après l'autorisation générale de disposer, ne peut être considérée que comme donation de ce qui restera en possession du légataire lors de son décès, ce que la loi autorise positivement (3).

(1) Montpellier, 27 janv. 1818 ; Dalloz, n° 119. et Cass. 2 mars 1864. Dalloz, 1864, I. 214.

(2) Rolland de Villargues, n° 171 et contrà, Vazeille sur l'art. 896, n° 32.

(3) Cass. 27 fév. 1843 ; Dalloz, 69. 6°.

Je lègue à Primus, à Secundus et à Tertius, pour eux jouir, faire et disposer de la manière la plus absolue; et, si l'un d'eux vient à décéder sans enfants, sa part accroîtra à ses colégataires. — On a encore pu déclarer cette disposition valable comme ne contenant qu'un fidéicommis *de eo quod supererit;* parce qu'il n'y a pas charge de conserver et de rendre et que le testament contient une clause principale qui le domine tout entier et qui autorise les légataires à faire et disposer du legs de la manière la plus absolue (1).

114. Enfin, une disposition attaquée comme renfermant une substitution prohibée peut ne contenir que l'expression d'un droit d'accroissement entre colégataires. Mais, c'est encore là une question d'interprétation qui appartient souverainement aux juges du fait : ils peuvent décider que, bien que l'accroissement soit de droit, en vertu de l'article 1044, dans le cas d'un legs fait conjointement, le testateur n'a pas voulu faire une substitution; et, qu'il a pu insérer, par ignorance, dans son testament, cette clause superflue d'accroissement. Mais toujours faut-il qu'il y ait doute sur la pensée véritable du disposant et que l'on puisse supposer qu'il n'a appelé le légataire survivant à recueillir la portion du prédécédé que dans le cas où celui-ci serait mort avant lui testateur. Les termes de l'acte ne devront point s'opposer à cette hypothèse.

Soit donc un legs fait conjointement à Primus, à

(1) Cass. 17 fév. 1836 ; Dalloz, n° 69, 9°. — Cass. 3 mars 1864 ; Sir., 64, 1, 167.

Secundus et à Tertius, avec cette clause que si l'un des légataires vient à prédécéder, les survivants recueilleront la totalité du legs. On bien le testateur a entendu que l'un des légataires décèderait après lui et après avoir recueilli, et alors il a fait une substitution prohibée ; ou bien il a entendu que le légataire décèderait avant lui et sans avoir recueilli, et alors il a inséré une clause d'accroissement inutile. La jurisprudence interprète toujours dans ce dernier sens, sans se préoccuper de savoir si l'intention du disposant est vraiment douteuse (1). Elle se décide encore dans ce sens, même lorsque le testateur n'a établi le droit d'accroissement que pour le cas où l'un ou plusieurs des légataires viendraient à mourir sans enfants. On peut admettre, en effet, jusqu'à un certain point, que le testateur a voulu substituer vulgairement les enfants des légataires conjoints qui décèderaient avant lui (2). Mais, encore une fois, il faut se défier de ce système regrettable de la jurisprudence, qui tendrait à valider toujours et quand même les dispositions testamentaires (3).

(1) Cass., 26 juillet 1808 ; Sir., 8, 1, 282, et 17 novembre 1818 ; Sir., 19, 1, 197.

(2) Demolombe, n° 167. — Cass., 26 mars 1851 ; Sir., 51, 1, 734.

(3) Laurent, n° 505. — Cass., 26 décembre 1836 ; Sir., 37, 1, 251.

CHAPITRE III

DE LA NULLITÉ DES SUBSTITUTIONS ET DE SON INFLUENCE SUR LES AUTRES DISPOSITIONS DU MÊME ACTE

SOMMAIRE

115. La disposition entachée de substitution est nulle à l'égard du grevé comme à l'égard de l'appelé.
116. Si dans le même acte se trouvent des substitutions et des dispositions permises, ces derniéres sont valables.
117. *Quid*, si, dans les biens donnés ou légués, une partie seulement est grevée de substitution?
118. *Quid*, si la substitution est faite par un acte différent de celui qui renferme l'institution.
119. La substitution nulle en soi n'entraine pas la nullité de l'institution.
120. Si c'est l'institution qui est nulle, la substitution peut-elle valoir comme disposition principale?
121. *Quid*, si le testateur, prévoyant le cas où l'une des deux dispositions serait attaquée, a déclaré formellement donner la préférence à l'une ou à l'autre?
122. *Quid*, si, prévoyant le même cas, le testateur avait disposé au profit d'un tiers?
123. *Quid*, si par une clause pénale le testateur avait voulu empêcher les héritiers légitimes d'attaquer son testament?
124. La nullité de la disposition prohibée par l'article 896 est une nullité absolue et d'ordre public.
125. Si le grevé ou l'appelé renonce, la disposition n'est pas valable pour le surplus.
126. C'est à l'héritier *ab intestat*, seul intéressé, qu'appartient le droit d'invoquer la nullité.

115. Après avoir déclaré dans un premier paragraphe que « *les substitutions sont prohibées*, » l'article 896 ajoute, dans le second paragraphe : « Toute disposition par laquelle le donataire, l'héritier institué ou le légataire sera chargé de conserver et de

rendre à un tiers, sera nulle, même à l'égard du donataire de l'héritier institué ou du légataire. » Cela paraît excessivement clair, il semble évident que l'on a voulu exprimer par là que la libéralité faite au légataire ou au donataire gratifié en premier ordre serait nulle absolument comme la libéralité faite à la personne gratifiée en second ordre. C'est le sens obvie, l'interprétation qui se présente tout naturellement à l'esprit d'après la simple lecture de notre article ; et, c'est celle qu'il faut adopter. Les auteurs qui ont soutenu que la charge de rendre était seule nulle, que la donation ou le legs fait au grevé restait valable, se sont trop préoccupés de ce qui se passait en Droit romain et dans notre ancienne jurisprudence, où l'institution était indépendante de la validité de la substitution. Ils ont surtout argumenté des lois excessives des 14 octobre-25 novembre 1792 qui, tout en abolissant les substitutions, maintenaient cependant les institutions d'héritier dont elles dépendaient.

Pour qu'il en fût ainsi sous l'empire du Code civil, il faudrait admettre que le législateur a commis un pléonasme en répétant inutilement dans le second paragraphe de l'article 896 ce qu'il avait dit dans le premier. N'est-il point une règle qui veut que, dans le doute, on n'interprète point la loi dans un sens qui en ferait la rédaction vicieuse (1) ? Et n'est-il pas vrai de dire, en outre, que si les rédacteurs du Code s'étaient bornés à annuler la charge de conserver et de rendre,

(1) L. 19., D., *de Legibus*.

à la déclarer illicite et non écrite (art. 900) et à permettre la disposition en premier ordre, ils auraient pu aller contre la volonté du disposant? Qu'on ne prétende pas, en effet, que si le disposant avait connu la loi il eut laissé ses biens au grevé seul. « Combien de donateurs ne donnent à la charge de substitution que pour faire en quelque sorte entreposer leurs libéralités dans des mains fidèles, en attendant que ceux à qui ils veulent les assurer définitivement puissent les recueillir et en profiter (1)? » Enfin, il y a une raison morale que le législateur a eu positivement en vue : en n'annulant pas la disposition en premier ordre, il aurait donné aux testateurs un moyen indirect de faire des substitutions, et il n'a pas voulu placer le grevé entre sa conscience qui lui aurait prescrit de restituer les biens et l'article 896 qui lui aurait permis de les garder (2).

116. Remarquons toutefois que parce qu'un testament contient une substitution, il ne s'ensuit pas que toutes les autres dispositions contenues dans ce testament soient nulles. « Le seul effet de la prohibition des substitutions est d'annuler les legs qui en sont grevés, mais cette nullité ne rend pas les autres caducs (3). » Si, par exemple, un legs uuiversel était nul comme renfermant une substitution, les legs particuliers contenus dans le même testament recevraient leur exécution.

(1) Merlin, sect. 1, § 14, *op. et loc. cit.*

(2) Toullier, t. V., n° 13.— Troplong n° 164. Aubry et Rau, § 694-3°.

(3) Rouen, 24 août 1812; Dalloz, n° 155. — Cass. 23 juillet 1867; Sir., 67. 1, 379.

117. Même, si la substitution ne portait que sur une partie des biens donnés ou légués, la nullité n'aurait son effet que sur cette portion de biens et la donation ou le legs serait valable pour le surplus. « Attendu que la disposition par laquelle le testateur a donné des biens dont il ne pouvait pas disposer, et a disposé de ce qu'il pouvait donner, n'est pas nulle pour le tout, mais seulement susceptible de réduction ; que de la même manière, en grevant des biens de la charge de les rendre et donnant les autres en pleine propriété par une même institution, cette institution ne doit pas être annulée pour la totalité, mais seulement réduite aux biens dont elle a transmis à l'institué une propriété libre (1). »

118. Mais, supposons un premier testament dans lequel le disposant a fait une institution ou un legs pur et simple, et un second testament dans lequel l'institution ou le legs sont affectés d'une clause qui emporte substitution. Le testateur étant maître de modifier sa première disposition, il faudrait décider que l'institution et le legs sont nuls, parce que les dispositions des deux testaments doivent être réputées ne former qu'un seul tout indivisible à l'égard de l'institué ou du légataire grevé (2).

119. Encore faut-il, pour qu'il en soit ainsi, que les deux dispositions soient valables en elles-mêmes et

(1) Req., 3 août 1814; Dalloz, nº 234. — En ce sens, Cass. 4 déc. 1865.; Sir., 66, 1, 70.

(2) Aubry et Rau, § 694-3º. — Cass., 21 juin 1841; Dalloz, 57, 2º.

considérées séparément, et qu'elles puissent toutes deux sortir à effet, en supposant que les substitutions fussent permises. Si la disposition qui renferme la substitution était nulle indépendamment de la première disposition, nulle pour vice de forme, ou nulle pour vice de fond, comme faite à un incapable ou à une personne incertaine, ou bien caduque, parce que le substitué est mort avant le testateur; dans ces divers cas l'institution serait valable, parce qu'elle subsiste seule et que rien ne s'oppose à ce qu'elle reçoive son exécution (1).

120. Si c'était au contraire la première disposition qui était nulle pour un motif ou pour un autre, la substitution serait valable comme donation ou legs pur et simple. Et qu'on ne prétende pas que l'institution disposition principale, étant nulle, doit entraîner avec elle la nullité de la disposition accessoire : *accessorium sequitur principale*. D'abord il n'est pas vrai que la substitution soit l'accessoire de l'institution : « La relation qui existe entre ces deux dispositions ne concerne que le mode d'exécution et non l'existence de la substitution (2). » Du reste, la règle *accessorium sequitur principale* ne s'applique point lorsque l'accessoire peut se soutenir par lui-même, *quando accessorium per se stare potest*. Or, la substitution est une disposition qui réunit en elle-même et indépendamment de l'institution toutes les conditions requises pour avoir son effet. Cujas et Pothier voient aussi dans la

(1) Paris, 19 juillet 1870; Sirey, 71, 2, 69.
(2) Aubry et Rau, § 694. 3°, note 55.

substitution une *seconde donation* (1) principale comme la première et dès lors elle doit avoir son effet indépendamment du sort de l'institution. Il en serait de même si le legs contenant une substitution devenait caduc parce que le légataire a refusé d'accepter le legs ou s'est trouvé incapable.

121. Le testateur, prévoyant le cas où sa disposition serait annulée comme renfermant une substitution, déclare qu'il entend, qu'en pareille occurrence, la donation ou le legs qu'il a fait en premier ordre soit maintenue : faut-il regarder une pareille clause comme illicite et tendant à éluder la prohibition des substitutions? C'est une question fort controversée. Pour la validité de la clause, on dit que, dans l'espèce, la préférence du testateur n'est pas douteuse et que, dans sa pensée, les deux dispositions n'étant pas indivisibles, on doit maintenir celle qu'il a déclaré lui-même vouloir maintenir, Et d'ailleurs, ajoute-t-on, si on la rejetait ce serait pour fraude, et pourquoi présumerait-on qu'il y a fraude dans ce cas puisqu'en général la fraude ne se présume pas? Qui sait même si une telle disposition n'est pas un hommage que le testateur, dans sa bonne foi, a rendu à la prohibition des substitutions (2). A l'appui de cette opinion, on cite un arrêt déclarant que si les termes du testament « expriment clairement l'intention du testateur de révoquer la substitution jointe à la disposition, dans le cas où elle ne pour-

(1) Pothier, des Obligations, n° 75.

(2) En ce sens Rolland de Villargues, n° 340. — Laurent, n° 517. — Demolombe, n° 188.

rait avoir lieu, et de laisser alors subsister sa disposition sans aucune charge; le cas prévu ayant eu lieu, la disposition doit être considérée comme existante seule... (1). » Un autre arrêt de la Cour de Poitiers est dans le même sens ; mais, il faut noter que si l'on a jugé ainsi dans ces deux espèces, c'est certainement parce que la bonne foi du testateur n'était point douteuse.

Nous croyons que cette opinion ne doit pas être adoptée; voyons, en effet, l'hypothèse de plus près : Je lègue mes biens à Primus et je le charge de les conserver et de les rendre à sa mort à Secundus; et dans le cas où mes héritiers *ab intestat* viendraient à faire annuler le présent testament comme renfermant une substitution prohibée, je révoque ma première disposition et je lègue purement et simplement tous mes biens à Primus. — Qu'arrivera-t-il si une pareille clause est déclarée licite? C'est que les héritiers *ab intestat* n'ayant aucun intérêt à faire annuler le testament se garderont bien d'exposer les frais d'un procès inutile. Et alors, ou bien le testament produira son effet avec la substitution qu'il renferme, ou bien il faudra annuler la disposition qui contient substitution et déclarer que le legs en premier ordre est seul valable. L'on ira alors directement contre la volonté du testateur qui avait formellement dit qu'il n'en serait ainsi que dans le cas où son testament serait annulé.

(1) Cour de Paris, 3 mars 1820 ; Dalloz, n° 246. — Poitiers, 30 juillet 1830. Dalloz, n° 149.

Et supposez maintenant que la clause dont il s'agit devienne de style dans les actes, la prohibition des substitutions sera immédiatement éludée (1). C'est sans doute pour cette raison qui nous paraît décisive que la Cour de cassation n'a pas cru devoir admettre la doctrine consacrée par les arrêts que nous citions tout à l'heure : « Attendu qu'il n'appartient pas au testateur de rompre le lien qui unit le legs en premier ordre à la charge de conserver et de rendre, pour rendre le legs efficace au bénéfice du grevé dans le cas où la substitution serait annulée, la volonté du testateur étant impuissante contre celle de la loi (2). » Notre décision serait la même si la préférence avait été donnée par une pareille clause, non à l'institution ou au legs en premier ordre, mais à la substitution.

122. *Quid*, si le testateur avait déclaré, qu'au cas où sa disposition au profit d'une personne serait annulée comme renfermant une substitution, il disposait des mêmes biens purement et simplement au profit d'un tiers. Nous croyons que la solution précédente devrait encore être appliquée, à moins cependant que la clause n'eût été insérée de bonne foi dans le but de respecter la loi et parce que le testateur était incertain sur le point de savoir si sa disposition était prohibée. Mais la bonne foi ne devrait pas être facilement admise en pareil cas (3).

(1) Duranton, t. VIII, n° 94. — Aubry et Rau, § 694, note 69.
(2) Cass. 6 janvier 1863 ; Sir., 63, I, 233.
(3) Aubry et Rau, § 694, note 70.

123. Enfin notre décision serait encore applicable *a fortiori*, et sur ce point tous les auteurs sont d'accord, si le testateur, après avoir fait une substitution, ajoutait une clause pénale pour empêcher les héritiers légitimes d'attaquer le testament (1).

124. Les dispositions prohibées par l'article 896 sont nulles; mais quel est le caractère de cette nullité? Dans l'état actuel de notre Droit on distingue, en effet, diverses sortes de nullités : la nullité *absolue* qui peut être proposée par toute personne intéressée (art. 191) ; la nullité *relative*, qui ne peut être proposée que par certaines personnes seulement. (Article 1125-2°.) La nullité de l'article 896 est absolue, parce qu'on admet assez généralement que « toute nullité doit être réputée absolue lorsque le législateur n'a pas restreint à certaines personnes le droit de la proposer, ou que cette restriction ne résulte pas naturellement du motif sur lequel elle est fondée (2). » Plus le nombre des personnes qui pourraient invoquer la nullité sera grand, plus nombreuses et plus grandes seront aussi les chances de faire prononcer cette nullité.

On distingue encore la nullité *d'ordre public* et les nullités *d'intérêt privé*. Les unes sont la sanction des lois d'intérêt général, telles que les lois politiques, les lois concernant l'organisation de la propriété et de la famille. Les autres ne concernent que l'intérêt des par-

(1) Cass., 30 juillet 1827 ; Dalloz, v° Disposition, n° 185-2°).
(2) Aubry et Rau, § 37, note 12.

ticuliers ; ce sont, par exemple, les nullités résultant d'un vice de consentement (art. 1109), ou de l'incapacité des parties contractantes. (Art 1124.) Ces dernières sont susceptibles d'être converties par la ratification (art. 1338), c'est-à-dire par la renonciation de la partie intéressée au droit d'invoquer la nullité, ou par la prescription. (Art. 1304). Au contraire, les nullités d'ordre public ne sont, en général, susceptibles ni de ratification, ni de prescription, parce qu'en général le vice, qui est la source de la nullité, est perpétuel. La nullité des substitutions prohibées est incontestablement d'ordre public, et cette nullité ne saurait être ni confirmée, ni prescrite parce qu'en mettant les biens hors du commerce la substitution se trouve en contradiction perpétuelle avec le principe démocratique, qui est la base de notre organisation sociale, et avec la loi qui consacre et garantit cet état de choses. Il y a lieu d'appliquer ici l'article 1131, qui déclare sans effets une obligation qui a une cause illicite, et l'article 1133 qui définit la cause *illicite*, celle qui est prohibée par la loi, contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public.

Etendant encore plus la rigueur des principes, Laurent voit dans la substitution prohibée un acte inexistant qui, comme tel, ne pourra jamais produire aucun effet (1). D'après lui, la Cour de cassation ne s'est pas montrée assez sévère, en proclamant que la nullité de l'article 896 ne saurait être couverte par aucune rati-

(1) Laurent, n° 52e.

fication ni expresse, ni tacite (1), elle n'est pas allé assez loin, elle n'a pas été assez explicite. Le même auteur cite un arrêt rendu dans les circonstances suivantes : il y avait un legs universel au profit de Primus avec substitution en faveur de Secundus, puis un legs particulier à un héritier légitime : celui-ci réclame et obtient la délivrance de son legs, et plus tard, il demande la nullité du testament. On lui oppose la ratification tacite qu'il est censé avoir faite en demandant la délivrance de son legs. La Cour de cassation répond que si on admettait dans l'espèce la renonciation, elle aurait pour effet de maintenir le testament tout entier et non pas seulement le legs particulier (2). D'après Laurent, ce n'est point ainsi que l'arrêt aurait dû être motivé, il fallait se baser sur l'article 1131 et déclarer tout simplement l'inexistence du testament en litige.

125. Ainsi donc, en présence d'une disposition entachée de substitution, c'est inutilement que le grevé ou l'appelé renoncerait au bénéfice de sa libéralité ; la disposition ne serait pas valable pour le surplus. C'est qu'en effet les deux dispositions qui constituent la double vocation ont existé concurremment au décès du *de cujus*, et il n'a pu dépendre du grevé ou de l'appelé de couvrir par sa renonciation l'inefficacité qui les a frappées tout d'abord l'une et l'autre. Au reste, l'on ne peut renoncer qu'à des droits que l'on serait

(1) Cass., 2 mars 1858 ; Dalloz, 1858, 1, 308.
(2) Cass., 24 avril 1860 ; Dalloz, 1860, 1, 224.

bien fondé à réclamer : *Quod quis si velit habere non potest, repudiare non potest* (1). Ici, la renonciation ne s'appliquerait à rien ou plutôt elle porterait sur le droit d'autrui, sur le droit de l'héritier légitime.

126. Comme nous venons de le dire, la nullité de l'article 896 ne peut être invoquée que par les héritiers *ab intestat*, qui sont appelés à en profiter. Ce principe est applicable incontestablement, lorsque c'est un légataire universel qui a été chargé de conserver et de rendre l'hérédité. Mais si la charge de conserver et de rendre à un légataire en second ordre ne porte que sur certains objets déterminés, le légataire universel pourra-t-il demander la nullité? Plusieurs auteurs le prétendent en se basant sur l'article 1003 du Code civil, qui déclare que le legs universel comprend l'universalité des biens qu'une personne laissera à son décès (2). Il est bien vrai que la caducité d'un legs particulier profitera au légataire universel; mais, nous croyons que lorsqu'un légataire universel est chargé de conserver et de rendre à un tiers certains objets déterminés compris dans le legs, il est placé en ce qui concerne ces objets dans la situation d'un grevé de restitution et que la nullité du legs dans ce cas ne lui profitera pas, mais profitera à l'héritier *ab intestat* (3). Du reste, permettre au légataire universel de demander la nullité dans ce cas, ce serait le placer entre deux

(1) Rolland de Villargues, n° 339. — Demolombe, n° 185.
(2) Demolombe, n° 191. — Labbé, Journal du Palais, 1863, p. 125.
(3) Aubry et Rau, § 694, note 72.

devoirs incompatibles : la loi, d'un côté, qui lui dicterait d'agir en nullité; le défunt, d'un autre côté, qui lui imposerait en conscience d'exécuter sa volonté dernière. La Cour de cassation l'a fort bien compris lorsqu'elle a déclaré que le seul moyen d'obtenir sûrement l'annulation des substitutions prohibées, c'était de donner le droit d'agir en nullité à l'héritier légitime en lui attribuant le bénéfice de la nullité (1).

Toutefois, si c'était un légataire particulier qui était chargé de conserver et de rendre à un autre légataire particulier appelé en sous-ordre, alors le légataire universel serait intéressé et pourrait demander à son profit la nullité du legs particulier entaché de substitution (2).

CHAPITRE IV

DE LA PREUVE DES SUBSTITUTIONS PROHIBÉES

SOMMAIRE

127. La preuve d'une substitution permise ne peut résulter que d'une donation entre-vifs ou d'un testament la contenant et en bonne forme.
128. De même, la preuve d'une substitution prohibée ne peut être prise en dehors de l'acte même qui la contient.

127. Les substitutions exceptionnellement permises ne peuvent être établies que dans les formes prescrites

(1) Cass. 6 janv. 1863; Dalloz 1863, I, 43. — Cass. 16 mars 1874; Sir., 74, I, 299.

(2) Cass., 24 mars 1837; Sir., 37, 1, 817.

pour disposer à titre gratuit, c'est-à-dire par donation entre vifs ou par testament (art. 893). Or, nous savons que les donations entre vifs et les testaments doivent être faits suivant un certain rite solennel exigé par la loi, non pas pour la preuve, mais pour l'existence même des actes. Pour prouver une substitution permise, il faudra donc prouver que la charge imposée au donataire ou au légataire gratifié en premier ordre de conserver et de rendre à un légataire ou à un donataire gratifié en second ordre, résulte d'un acte de donation ou d'un testament revêtus des formes prescrites par la loi. S'il s'agit d'un legs, la charge de conserver et de rendre pourra encore résulter d'un testament postérieur en bonne forme. Soit, par exemple, Primus qui a légué sa quotité disponible à son fils Secundus, avec charge par lui de conserver et de rendre à son enfant né ou à naître. La disposition est permise aux termes de l'article 1048 ; mais le petit-fils substitué ne pourrait faire résulter la preuve de la substitution faite à son profit que du testament de son grand-père ou d'un testament postérieur, en supposant que le premier testament était muet sur ce point. Si Primus n'avait laissé qu'un simple écrit, une lettre par laquelle il priait son fils de conserver et de rendre la quotité disponible à son petit-fils, s'il s'était contenté d'imposer cette charge verbalement, devant témoins, et sur son lit de mort par exemple, il n'y aurait point substitution, parce qu'il n'y aurait point charge juridique de rendre produisant une action civile en faveur de l'appelé : la volonté du testateur, nulle en la forme,

serait vainement prouvée par le petit-fils qui se prétendrait appelé; on lui opposerait la maxime: *frustra probatur quod probatum non relevat.*

128. Ce qui est vrai de la preuve d'une substitution exceptionnellement permise doit l'être également de la preuve d'une substitution prohibée. Les héritiers du disposant ne sauraient être admis à chercher la preuve d'une pareille disposition ailleurs que dans les termes même de la donation ou du testament qui la contient. Ils ne sauraient avoir recours à d'autres éléments de preuve, déférer le serment au légataire sur le point de savoir s'il n'a pas pris l'engagement verbal vis-à-vis du disposant de conserver et de rendre à un tiers, le faire interroger à ce sujet sur faits et articles. — Pour qu'une preuve soit admissible, il faut qu'il ressorte de cette preuve une utilité, un avantage quelconque; et, dans l'espèce, la preuve n'aboutirait à rien. Et qu'on ne dise pas qu'il y a eu un concert frauduleux entre le testateur et son héritier, qu'en s'arrangeant verbalement pour que les biens soient rendus à un tiers, le testateur et l'héritier ont fait un pacte illicite, et qu'il faut l'assimiler à l'interposition de personne au profit d'un incapable, interposition qui est susceptible d'être prouvée par toute espèce de moyens (1).

Il est incontestable tout d'abord qu'un pareil pacte, si on veut qu'il y ait pacte, n'est pas civilement obligatoire pour l'héritier. Il n'en résulterait pour l'appelé

(1) Merlin, Rép. v° Fidéicommis tacite, n° 4. — Coin-Delisle, sur l'article 896, n° 55.

aucune action civile contre le grevé pour la restitution des biens, et Merlin convient lui-même quelque part que « d'une clause qui ne produit pas d'obligation on ne peut faire résulter une substitution prohibée (1). » Ce pacte, en outre, ne serait point opposable aux tiers vis-à-vis desquels la propriété des biens donnés ou légués aurait été acquise au grevé, d'une manière irrévocable.

Quant à l'argument d'analogie que l'on invoque, il pèche par la base : il est vrai que le fidéicommis tacite au profit d'un incapable peut se prouver par toute espèce de moyens (art. 1353) qu'on pourrait invoquer contre lui un billet, une contre-lettre, des témoins, des présomptions, déférer le serment, interroger sur faits et articles (2) ; mais, c'est qu'alors il y a fraude à la loi et que la fraude peut se prouver de toutes les manières (3). On n'attaque pas une double libéralité faite à deux personnes successivement, on prétend au contraire qu'il n'y a qu'une seule libéralité faite au profit d'un incapable par l'intermédiaire d'un légataire apparent qui n'en est pas le véritable destinataire (4).

L'aveu même du grevé reconnaissant que le testateur lui a imposé verbalement la charge de rendre ne prouverait pas suffisamment la substitution : « L'héritier qui n'est grevé par le testament d'aucune substi-

(1) Merlin, v° Subst. fidéic., sect. 8.
(2) Cass., 18 mars 1818 ; Sir., 18, 1, 274.
(3) Cass., 20 mars 1865 ; Sir., 65, 1, 208.
(4) Aubry et Rau, § 694-4°, note 77.

tution, est irrévocablement investi de la propriété des biens du défunt ; il ne peut perdre cette propriété qu'en la transmettant par des titres onéreux ou gratuits ; ses aveux, quels qu'ils soient, ne constituent pas des actes de cette nature, et ne peuvent pas, par conséquent, le dépouiller de la propriété qui lui appartient et qu'il ne consent pas à abandonner (1).

Mais alors, dit-on, il va arriver en fait que l'on conservera et que l'on rendra les biens, qu'il y aura des substitutions basées sur un devoir moral, livrées à la délicatesse du grevé qui sortiront à effet. C'est vrai ; mais on peut répondre que ces substitutions n'auront point les inconvénients de celles que la loi interdit. Si l'institué rend les biens, il les rend volontairement, c'est une libéralité qu'il fait à son tour, mais il n'y a point d'ordre successif (2).

(1) Rolland de Villargues. nos 350 et 351.

(2) Laurent, no 522. — Cass., 13 déc. 1864 ; Dalloz, 1865, 1, 169. — Paris, 23 janvier 1869 ; Dalloz, 1869, 2, 121.

Voyez *contrà ;* Cass., 22 déc. 1814 ; Sir., 15, 1, 174, arrêt que Laurent déclare sans valeur parce qu'il n'est pas motivé.

Merlin, vo *Subst. fid.*, § 14 ; Demolombe, no 172.

POSITIONS

DROIT ROMAIN

I. — Le consentement des parties ne suffisait pas pour la formation des *justæ nuptiæ*, il fallait que la femme fût mise d'une manière quelconque à la disposition du mari.

II. — Les fruits *exstants* au moment de la *litis contestatio* appartiennent au possesseur de bonne foi.

III. — La fidéjussion *in duriorem causam* est nulle pour le tout et non pas seulement pour ce qui excède la dette principale.

IV. — Si des deux héritiers, l'un vend ses droits à un tiers, l'autre ensuite renonce, la part du renonçant accroîtra à l'héritier cédant, non au cessionnaire.

V. — Lorsque l'action de dol ne peut pas être exercée à l'égard de certaines personnes, c'est *l'actio in factum* qui doit être intentée.

Cette action est bien différente de celle de dol.

DROIT COUTUMIER

I. — Le système de la personnalité des lois ne s'é-

tablit en Gaule que vers le VII^e siècle. La loi des Francs Ripuaires et les Formules de Marculfe sont les premières à le mentionner.

II. — Il n'était point permis à chacun de suivre la loi qu'il lui plaisait de choisir.

III. — La société d'acquêts de la coutume de Bordeaux a son origine dans le droit germanique.

IV. — La femme exerce ses reprises vis-à-vis de la communauté à titre de créancière et non à titre de propriétaire.

CODE CIVIL

I. — On peut acquérir par prescription le droit d'avoir des arbres à une distance moindre que celle déterminée par la loi ; mais, on n'acquiert ainsi que le droit de conserver ceux que l'on possède, sans avoir la faculté de les remplacer par d'autres.

II. — L'enfant conçu avant, mais né pendant le mariage, naît légitime.

III. — Le créancier subrogé peut user du titre exécutoire du créancier désintéressé.

IV. — La constitution de dot faite en fraude des créanciers ne peut être révoquée à l'égard de l'époux de bonne foi.

V. — Celui qui a la saisine et qui garde le silence pendant trente années, devient héritier.

PROCÉDURE CIVILE

I. — L'adjudication sur folle-enchère peut être sui-

vie d'une surenchère, encore que l'adjudication sur saisie aurait été suivie elle-même d'une surenchère.

II. — L'incompétence des tribunaux civils en matière commerciale est absolue.

III. — Si le défendeur n'a pas été appelé en conciliation devant le juge de paix, le tribunal peut d'office rejeter l'action.

IV. — L'exception *judicatum solvi* doit être proposée avant les exceptions d'incompétence ou de nullité.

V. — On peut faire saisie-arrêt sur soi-même.

DROIT COMMERCIAL

I. — La faillite résulte de la cessation du paiement des dettes commerciales, non des dettes civiles.

II. — Une société commerciale anonyme fondée à l'étranger peut être actionnée en France.

III. — La femme mineure mariée ne peut faire le commerce qu'avec l'autorisation de son mari, de son père, ou de sa mère, ou du conseil de famille.

DROIT CRIMINEL

I. — La tentative n'est pas punissable lorsque le crime était absolument irréalisable à raison de l'inexistence de son objet ou de l'inefficacité des moyens employés.

II. — La mer territoriale sur laquelle s'étend la juridiction criminelle est la portion de mer qui peut être facilement défendue des côtes.

III. — Il n'y a pas récidive lorsque l'accusé a été condamné une première fois par un tribunal étranger.

IV. — C'est au jury à prononcer sur les circonstances atténuantes lorsque l'accusé est mineur de seize ans et qu'il est reconnu avoir agi avec discernement.

DROIT ADMINISTRATIF

I. — Les ventes passées par l'autorité administrative doivent être transcrites.

II. — L'arrêté du maire qui défend à ses administrés d'aller sur les routes attendre et acheter les provisions que l'on apporte au marché est illégal.

III. — L'autorisation de plaider donnée à une commune n'emporte pas le droit de se désister.

DROIT DES GENS

I. — Le prisonnier de guerre qui s'est évadé n'est pas punissable lorsqu'il est repris par l'ennemi, à moins qu'il ne fut prisonnier sur parole.

II. — L'annexion d'une province ne peut être faite par le vainqueur que du consentement des habitants.

III. — L'État doit avoir le droit d'empêcher ses sujets d'aliéner les propriétés foncières aux étrangers.

ÉCONOMIE POLITIQUE

I. — En matière de monnaies l'État ne peut garan-

tir que le poids et le titre, toute fixation de valeur est arbitraire.

II. — Il n'est pas bon que le domaine privé de l'État s'augmente.

Vu par le Président de la thèse :
H. MASSOL, *président.*

Vu par le Doyen :
Pour le Doyen empêché :
Le Doyen honoraire,
DUFOUR.

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

TABLE DES MATIÈRES

PREMIÈRE PARTIE

Des substitutions fidéicommissaires, en Droit romain

Aperçu historique sur l'origine des substitutions fidéicommissaires 5

CHAPITRE PREMIER. — De la forme des substitution fidéicommissaires 18

CHAPITRE II. — Des personnes entre lesquelles une substitution fidéicommissaire peut avoir lieu 21

CHAPITRE III. — De l'objet des substitutions 25

CHAPITRE IV. — Des effets de substitutions 29

CHAPITRE V. — De la durée des substitutions 53

CHAPITRE VI. — De l'extinction des substitutions 57

DEUXIÈME PARTIE

Des Substitutions fidéicommissaires dans notre ancien droit et jusqu'au Code civil.

TROISIÈME PARTIE

Des substitutions prohibées sous le Code civil.

CHAPITRE PREMIER. — Des éléments constitutifs d'une substitution prohibées 77

CHAPITRE II. — De l'interprétation des actes attaqués comme renfermant une substitution 127

CHAPITRE III. — De la nullité des substitutions et de son influence sur les autres dispositions du même acte ... 146

CHAPITRE IV. — De la preuve des substitutions prohibées 158

POSITIONS 163

BIBLIOTHÈQUE UNIVERSITAIRE TOULOUSE