

nouvelle législation, ou rebelles à son autorité, feront encore des substitutions fidéicommissaires. Merlin est le jurisconsulte traditionnel par excellence, et bien des fois la tradition l'a égaré. Lui-même va nous dire que l'on doit suivre, dans notre droit moderne, une règle d'interprétation toute différente de celle que l'on appliquait chez les Romains. Les lois romaines, favorables aux fidéicommissaires, interprètent les dispositions douteuses de manière à leur donner effet; elles appliquent cette règle d'interprétation que le testateur qui rédige ses dernières volontés est censé n'y rien écrire d'inutile. Rien de plus logique sous une législation qui favorise les substitutions fidéicommissaires. Suivra-t-on la même règle en droit moderne? Notre code, loin de favoriser les substitutions, les prohibe, il va jusqu'à annuler l'institution, afin de frapper plus sûrement la substitution. Si, dans ce nouvel ordre d'idées, on appliquait la règle romaine, on aboutirait à anéantir les dispositions du testateur. Il y a une autre règle d'interprétation, empruntée aussi au droit romain, qui doit l'emporter; elle est formulée par l'article 1157 en ces termes: « 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 (1). » L'opposition contre la prohibition des substitutions, dont parle Merlin, tend à disparaître; si les testateurs font encore des substitutions fidéicommissaires, c'est moins pour se mettre en révolte contre la loi que par ignorance, parfois par l'ambition qui paraît naturelle à l'homme de vouloir disposer de sa fortune après qu'il a cessé de vivre. En tout cas, on ne peut pas supposer que le testateur veuille braver une loi qui, plus puissante que lui, annule tout ce qu'il tenterait de faire au mépris de ses prohibitions; on ne peut donc pas admettre facilement que le testateur veuille violer la loi, ni qu'il veuille faire une disposition que la loi frappe de nullité. La conséquence est que si une disposition peut être interprétée, soit comme substitution, soit comme dis-

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Substitution fidéicommissaire*, sect. VIII, n° VII (t. XXXII, p. 156).

position valable à un autre titre, il n'y faut pas voir une substitution (1). Nous dirons plus loin que cette règle aussi a son écueil; à force de vouloir maintenir les actes de dernière volonté, on donne effet à ceux qui contiennent réellement des substitutions prohibées. De là la grande difficulté en cette matière. A notre avis, il ne faut pas interpréter les testaments avec le dessein préconçu de les valider; il faut voir si la disposition présente les caractères qui distinguent la substitution fidéicommissaire, et si elle en a les caractères, on doit l'annuler sans essayer de la valider à tout prix. C'est à ceux qui donnent leurs conseils aux testateurs à les éclairer sur les conséquences des dispositions qu'ils veulent faire.

§ II. Caractères des substitutions prohibées.

ARTICLE 1. Deux libéralités.

N° 1. PRINCIPE.

394. Pour qu'une disposition renferme une substitution, il faut qu'elle contienne deux libéralités. Cela résulte du texte de l'article 896. « Toute disposition, dit la loi, par laquelle le *donataire*, l'*héritier institué* ou le *légataire*. » Voilà la première libéralité faite par donation entre-vifs ou testamentaire au profit de celui que l'on appelle l'*institué* ou aussi le *grevé*, parce qu'il est grevé d'une charge, celle, dit l'article 896, de conserver et de rendre les biens donnés ou légués à un *tiers*. Ce tiers est le *substitué* ou l'*appelé*; il est aussi gratifié par le disposant, car c'est celui-ci qui l'appelle aux biens donnés ou légués. Ces deux libéralités ont un seul et même auteur, c'est le donateur ou le testateur qui gratifie l'institué et le substitué; l'un et l'autre tiennent leur libéralité du disposant. De là suit que lorsque la substitution s'ouvre au profit du substitué, celui-ci reçoit les biens, non du grevé, mais de l'auteur de la substitution; le grevé ne fait que remplir une charge que lui a imposée le donateur ou le

(1) Aubry et Rau, t. VI, p. 11, note 3, § 694.

testateur : ce n'est pas lui qui donne, il ne sert que d'intermédiaire entre le disposant et le substitué.

395. Du principe qu'il faut deux libéralités pour qu'il y ait une substitution suit qu'il n'y a pas de substitution quand il n'y a qu'une seule libéralité. On a prétendu qu'il y avait une substitution dans la disposition faite à la condition que « à sa mort l'institué léguera ou emploiera tout ce qu'il aura hérité du testateur au soulagement des malheureux, le laissant libre en cela d'agir comme il le jugera convenable. » En effet, on pourrait croire, à vue d'œil, qu'il y a deux libéralités : une première, qui est évidente, au profit de l'institué; une seconde au profit des pauvres qui sont appelés par le disposant, puisqu'il charge son légataire universel de donner aux pauvres tout ce qu'il aura reçu de lui. Il a été jugé, néanmoins, et avec raison, qu'il n'y avait pas de substitution. La difficulté était de savoir si les pauvres étaient substitués au légataire universel, en ce sens qu'ils avaient droit aux biens légués en vertu de la substitution. La cour de cassation répond que pour qu'il y ait un substitué, il faut que le tiers au profit duquel la substitution est faite soit désigné nommément ou d'une manière équivalente, exclusive de toute incertitude sur la personne du gratifié appelé en second ordre à recueillir la libéralité. Cette dernière condition, continue la cour, implique une action civile du substitué contre les héritiers du grevé pour les contraindre à lui remettre les biens donnés ou légués; l'action est le corrélatif nécessaire et la sanction de la clause d'indisponibilité qui, sans elle, serait inefficace et sans valeur. Le principe nous paraît incontestable. Voyons comment la cour l'applique à l'espèce. Il n'y a pas deux libéralités, il n'y en a qu'une, au profit du légataire universel. Quant aux pauvres, ils ne sont pas appelés par le testateur; en supposant que le légataire leur distribue les biens qu'il a reçus du défunt, ce n'est pas le défunt qui les aura appelés, c'est le légataire; le défunt a donc fait une libéralité et le légataire en fait une autre. Dira-t-on que la seconde libéralité est faite par la volonté du testateur et que c'est, par conséquent, de lui que les pauvres

tiendront leur libéralité? Non, car le testateur ne désignait pas les pauvres, il laissait à son légataire pleine liberté d'agir comme il le jugerait convenable. Donc les pauvres n'avaient pas d'action contre l'institué, ni contre ses héritiers; ils n'étaient donc pas appelés par le testateur; s'ils étaient gratifiés, ils le devaient au bon vouloir du légataire. En définitive, le testateur n'avait fait qu'une seule libéralité, partant il n'y avait pas de substitution⁽¹⁾.

Il y a un point qui peut paraître douteux dans cette argumentation. D'après la jurisprudence des cours de Belgique, le legs fait aux pauvres est fait au bureau de bienfaisance, sauf à s'entendre avec la personne que le testateur a chargée de distribuer ses aumônes. Dans cette doctrine, la personne du gratifié n'est jamais incertaine, puisque les pauvres sont représentés par une administration publique. Mais, dans l'espèce, le testateur n'avait pas appelé directement les pauvres, il s'en était rapporté à la conscience et à la loyauté du légataire. D'après une pareille disposition, le bureau de bienfaisance n'aurait pas pu intervenir, il n'aurait pas eu d'action contre les héritiers du légataire, car ils auraient répondu que le légataire avait fait ce que sa conscience et sa loyauté lui commandaient de faire. En ce sens, il est vrai de dire qu'il n'y avait qu'une seule libéralité; donc pas de substitution.

396. Bien moins encore y a-t-il substitution dans une fondation que le testateur fait en faveur d'une certaine classe de pauvres, en chargeant le légataire universel d'administrer la fondation avec le concours de personnes désignées dans le testament et avec exclusion formelle de toute administration publique. Nous avons dit ailleurs qu'une pareille fondation est nulle parce qu'elle crée une personne civile, ce que la loi seule peut faire. Mais elle

(1) Rejet, 13 décembre 1864 (Daloz, 1865, 1, 169). Comparez Rejet de la chambre civile, 2 juillet 1867 (Daloz, 1867, 1, 272). — Dans l'espèce, le testateur avait légué à sa femme l'usufruit de tous ses biens, et quant à la propriété, il lui avait donné la faculté d'en disposer au profit de qui elle voudrait. Ce n'était pas une substitution, puisqu'il n'y avait qu'une seule libéralité au profit de la femme.

n'est pas nulle comme substitution, car elle ne contient qu'une seule libéralité affectée d'une charge perpétuelle (1).

1. De l'institué.

397. Qui peut être chargé de fidéicommiss? Tous ceux qui sont gratifiés, puisque la substitution est une charge de la première libéralité. On demande si la libéralité doit être expresse. Dans l'ancien droit, la négative n'était pas douteuse. Thévenot décide, avec sa netteté habituelle, qu'on peut charger de fidéicommiss tous ceux que l'on gratifie, soit qu'on les gratifie expressément en leur donnant, soit qu'on les gratifie tacitement en ne leur ôtant pas ce qu'on pourrait leur ôter. Puis Thévenot applique le principe à une question controversée aujourd'hui et qui, dans l'ancien droit, n'était pas plus douteuse que le principe. « Il suit de là, dit-il, qu'on peut grever non-seulement son héritier institué, ou son légataire, à qui l'on donne expressément, mais aussi son héritier *ab intestat* qu'on gratifie tacitement en ne le dépouillant pas de l'hérédité (2). » Nous sommes censés, dit Pothier, avoir laissé à nos héritiers légitimes et ils sont censés tenir de nous tout ce que nous pouvons leur ôter par les dispositions que la loi nous permettait de faire (3).

Faut-il admettre cette décision sous l'empire du code civil? La question est controversée. Nous n'y voyons aucun doute. Le principe de l'ancien droit ne tient pas à la faveur dont jouissait la substitution fidéicommissaire; il dérive de la nature même de cette disposition: celui qui est gratifié peut être chargé de rendre ce qu'il a reçu. Reste à savoir si l'héritier *ab intestat* est gratifié. On le nie. Sans doute quand le défunt ne fait aucun testament, on ne peut pas dire que l'héritier reçoit de lui; il reçoit de la loi. Mais, dans l'espèce, il y a un testament qui im-

(1) Rejet, 17 août 1852 (Dalloz, 1852, 1, 263). Comparez le tome XI de mes *Principes*, p. 598, n° 458.

(2) Thévenot, *Traité des substitutions fidéicommissaires*, chap. VI, § I, p. 35, n° 84 et 85.

(3) Pothier, *Traité des substitutions*, n° 109. Comparez Ricard, *Des substitutions*, 1^{re} partie, n° 166, p. 260.

pose une charge aux héritiers; donc il n'y a plus lieu à la succession *ab intestat*, il y a lieu à la succession testamentaire. Si le testateur disait: J'institue mes héritiers avec charge de rendre les biens, à leur mort, à Pierre; il y aurait certainement substitution. Eh bien, la disposition est la même quand le testateur dit: Je charge mes héritiers de rendre les biens; la charge de rendre implique qu'ils ont reçu. Et de qui ont-ils reçu? Du testateur, puisque c'est lui qui dispose de ses biens. Cela répond à une autre objection que l'on puise dans le texte de l'article 896. La loi, dit-on, ne parle que du *donataire*, de l'*héritier institué* et du *légataire*; donc eux seuls peuvent être grevés de la charge de rendre, ce qui exclut l'héritier *ab intestat*. Non, car il n'y a plus d'héritier *ab intestat*, puisque le testateur a disposé de ses biens par testament; il y a donc un *héritier institué*, implicitement il est vrai, mais l'institution est si évidente, que la volonté du testateur ne saurait être douteuse (1). Notre conclusion est que l'on pose mal la question en demandant si les héritiers *ab intestat* peuvent être grevés de substitution; le testateur les institue en les grevant, seulement l'institution est implicite au lieu d'être expresse (2).

398. Qui est compris dans l'institution? La question est de savoir si les personnes mises dans la condition sont censées instituées. Furgole démontre la négative avec évidence. Le testateur dit: « J'institue Pierre s'il donne cent écus à Paul. » Celui-ci est-il compris dans l'institution? Non, il n'a aucune action contre Pierre, car il n'est pas légataire. Il en serait autrement si le testateur avait dit: « J'institue Pierre avec charge de donner cent écus à Paul. » Dans ce cas, Paul est légataire sous forme de charge et il a action contre Pierre. Si donc, dans la première hypothèse, le testateur ajoutait: « Si Pierre n'est

(1) Coin-Delisle, p. 40, n° 12 et 13 de l'article 896. Troplong, t. I, p. 54, n° 107. Aubry et Rau, t. VI, p. 14 et note 12. Demolombe, t. XVIII, p. 94, n° 91. — L'arrêt d'Angers (7 mars 1822), que l'on cite en faveur de cette opinion (Dalloz, au mot *Substitution*, n° 121), statue sur une disposition qui contenait une substitution expresse. En sens contraire, Duranton, t. VIII, p. 60, n° 67; Rolland de Villargues, p. 198, n° 128.

(2) Bruxelles, 20 décembre 1870 (*Pasicrisie*, 1873, 2, 65).

pas mon héritier, je lui substitue Paul », y aurait-il substitution fidéicommissaire? Non; car Paul, nommé dans la condition, n'est pas compris dans l'institution; il n'y a donc pas deux libéralités, il n'y en a qu'une, ce qui exclut la substitution (1).

Par application de ce principe, il a été jugé qu'il n'y a pas de substitution dans une disposition faite sous la condition « si le légataire meurt sans enfants. » Les enfants ne sont pas censés compris dans l'institution et, par suite, il n'y a pas deux libéralités. Dans l'espèce jugée par la cour de cassation, la clause était conçue comme suit : « Je donne mes biens à mon petit-fils pour en jouir sa vie durant; dans le cas qu'il meure mineur et sans enfants, je donne mes biens à tels. » Y a-t-il substitution en faveur des arrière-petits-enfants? Non, car ils ne sont pas compris dans l'institution; donc il n'y a pas deux libéralités et partant pas de substitution (2). Remarquons que la cour de cassation ne décide pas d'une manière absolue, comme le font les auteurs, que les personnes nommées dans la condition ne sont pas comprises dans l'institution; elle dit que c'est une question de volonté, laquelle est abandonnée à l'appréciation des juges du fait. La réserve est juste en théorie; dans la pratique, elle ne sera pas invoquée; le testateur, en supposant qu'il veuille comprendre dans l'institution ceux qu'il nomme dans la condition, aura soin de ne pas le dire, puisque ce serait faire une substitution, c'est-à-dire un acte nul. Et les juges, quand il y a doute sur l'intention du défunt, jugeront toujours qu'il a voulu faire un acte valable, c'est-à-dire qu'il n'a pas entendu comprendre dans l'institution ceux qu'il a nommés dans la condition. La disposition sera donc valable, elle vaudra comme legs avec substitution vulgaire.

(1) Furgole, *Des testaments*, chap. VII, sect. IV, n° 64; Troplong, t. I, p. 54, n° 108. Aubry et Rau, t. VI, p. 14, n° 13.

(2) Rejet, 22 novembre 1842 (Dalloz, au mot *Substitution*, n° 47).

II. Du substitué.

399. L'institué est chargé de conserver et de rendre à un tiers, qui est le substitué. Thévenot ajoute que ce tiers est aussi gratifié, ce qui va sans dire, puisqu'il reçoit les biens au même titre que l'institué, à titre de libéralité. De qui le substitué tient-il sa libéralité? C'est l'institué qui lui rend les biens, mais ce n'est pas lui qui fait la libéralité; l'institué transmet seulement la possession des biens au substitué, la propriété lui est donnée directement par le testateur ou le donateur; c'est à lui que le fidéicommissaire succède et non au grevé; le droit de celui-ci, dit Ricard, demeure entièrement résolu et anéanti par l'ouverture de la substitution. En traitant des substitutions permises, nous verrons en quel sens cela est vrai. Il est certain que la restitution que fait le grevé n'est pas une libéralité qu'il exerce, c'est une dette dont il s'acquitte et qui a sa cause dans le bienfait du donateur; si bien, ajoute Ricard, que c'est immédiatement de la main de l'auteur de la substitution que le substitué prend la propriété des choses comprises dans le fidéicommis (1).

400. Il suit de là qu'il ne saurait y avoir de substitution lorsqu'il n'y a pas de substitué. C'est ce que la cour de Bruxelles a décidé dans l'espèce suivante: Un testateur institue sa cousine son héritière universelle, avec pouvoir de disposer, sauf qu'elle ne pourra rien laisser à un tel, à sa femme ni à leurs enfants. On prétendit que la prohibition de disposer en faveur de certaines personnes emportait une substitution fidéicommissaire par laquelle étaient tacitement appelés, après le décès du premier institué, les parents du testateur dans l'ordre établi par la loi. La cour de Bruxelles répond que la défense portée dans le testament attaqué ne désignait ni explicitement ni implicitement aucune personne ni famille en faveur desquelles on pouvait dire qu'elle fût faite; il n'y avait donc pas de substitué, et sans substitué il n'y a pas de substitution (2).

(1) Thévenot, p. 8, n° 4. Ricard, *Des substitutions*, partie I, p. 243, n° 100. Coin-Delisle, p. 41, nos 14 et 15 de l'article 896.

(2) Bruxelles, 31 janvier 1816 (*Pasicriste*, 1816, p. 32, et Dalloz, au mot *Substitution*, n° 51).

401. Il faut dire du substitué ce que nous avons dit de l'institué (n° 397); il n'est pas nécessaire qu'il soit nommément désigné, ni même qu'il soit expressément substitué. Ainsi la stipulation du droit de retour au profit des héritiers du disposant contient une substitution, comme nous le dirons plus loin, faite en faveur de ceux au profit desquels le droit de retour est établi, quoiqu'ils ne soient pas nommément désignés ni substitués. La loi n'emploie pas les termes techniques dans l'article 896; c'est dire que le donateur ou testateur n'est pas tenu de les employer (1). La cour de Pau l'a jugé ainsi dans une espèce où le donateur s'était servi des expressions de *retour* et de *réversion* en stipulant que les choses données seraient réversibles à ses héritiers si le donataire mourait sans postérité. Il est de jurisprudence, dit l'arrêt, qu'il y a substitution, non-seulement quand le testateur dit : Je substitue, mais encore lorsqu'il dit que, dans le cas par lui prévu, les biens donnés retourneront à ses héritiers, les mots de *retour* ou de *réversion* équipollant au mot *substituer* (2).

N° 2. APPLICATION.

I. De la fiducie.

402. On entend par héritier fiduciaire la personne que le testateur a instituée héritière pour la forme, en la chargeant d'administrer la succession et de la tenir en dépôt jusqu'au moment où elle doit la remettre au véritable héritier. L'héritier fiduciaire, quoique institué en apparence, n'est pas gratifié; le vrai héritier est celui à qui les biens doivent être restitués par le fiduciaire; il est héritier dès l'instant où le testament s'ouvre, lorsque c'est par testament, comme cela est ordinaire, que la fiducie est établie. Si la restitution est différée par le testateur, c'est pour l'avantage du substitué, et non pour rendre le fidéicommis conditionnel. Des raisons particulières, la minorité par

(1) Aubry et Rau, t. VI, p. 14, § 694.

(2) Pau, 4 janvier 1826 (Daloz, au mot *Substitution*, n° 203, 3°).

exemple, de ceux que le testateur veut gratifier, peuvent l'engager à confier l'administration des biens au fiduciaire jusqu'à ce que les héritiers institués aient atteint leur majorité. C'est une espèce de tutelle, disent les lois romaines, constituée pour la gestion des biens légués, le testateur ayant plus de confiance dans l'ami qu'il nomme fiduciaire que dans un tuteur inconnu, ou qui lui est suspect parce qu'il le connaît. On dit aussi du fiduciaire qu'il est simple *ministre*, en ce sens qu'il prête son ministère pour faire parvenir les biens à ceux que le testateur entend gratifier; quant à lui, il ne retire aucun avantage de la mission dont il est chargé. C'est un exécuteur testamentaire muni de pouvoirs plus étendus, puisqu'il possède et administre l'hérédité jusqu'à l'époque fixée pour la restitution (1).

Nous avons indiqué le motif légitime qui peut porter un testateur à nommer un héritier fiduciaire : c'est la fiducie romaine; elle n'est pas dans nos mœurs. Aujourd'hui, dit Troplong, les fiducies ne sont guère pratiquées que pour faire passer des libéralités à des établissements religieux dont la position n'est pas régularisée; ou que l'on veut favoriser sans le contrôle du gouvernement. Nous avons parlé ailleurs de ces fidéicommis frauduleux, car fraude il y a, puisque le donateur veut transmettre ses biens à des corporations qui sont légalement incapables de les recevoir (2).

403. La fiducie n'est pas une substitution dans le sens de l'article 896, puisqu'il n'y a qu'une seule libéralité. Il en résulte que la fiducie n'est pas frappée de nullité; il ne peut être question de substitution fidéicommissaire là où il n'y a ni institué ni substitué. Quand les biens sont légués à un mineur, on pourrait objecter que la fiducie les soustrait à la gestion du tuteur; or, si la tutelle présente des dangers, elle offre aussi des garanties que le mineur n'a point contre l'administration du fiduciaire; ces ga-

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Fiduciaire*, § I (t. XII, p. 184). Thévenot, p. 177, nos 138-141.

(2) Troplong, t. I, p. 55, n° 110. Voyez le tome XI de mes *Principes*, p. 234, nos 175-179.