

venait de recevoir le premier testament, pour son légataire universel, en émettant le vœu que ledit notaire partageât sa succession entre les légataires institués la veille. Le notaire se prétendit héritier effectif. Il a été jugé qu'il était simplement chargé d'exécuter les volontés du testateur telles qu'il les avait manifestées dans son testament. Nous croyons que la cour a bien jugé; mais il était inutile de recourir à la législation des fidéicommiss pour le décider ainsi; les tribunaux sont investis du pouvoir d'interpréter les dispositions testamentaires; la cour pouvait donc dire que le prétendu legs universel était un fidéicommiss pur et simple.

456. Quelle différence y a-t-il entre les fidéicommiss et les substitutions? Nous avons d'avance répondu à la question. Le fidéicommiss est un legs. Quand il est pur et simple, il n'y a pas d'apparence d'une substitution. Quand il est à terme ou sous condition, il y a une analogie apparente; celui qui est chargé d'acquitter le legs ne doit le faire qu'à l'échéance du terme ou à l'arrivée de la condition; en ce sens on peut dire qu'il doit conserver la chose pour la rendre. En réalité, il n'y a ni institué ni substitué. Celui à qui la chose doit être remise est seul légataire, à terme ou sous condition. En ce qui concerne le fidéicommiss à terme, tout le monde est d'accord. Quant au fidéicommiss conditionnel, on distingue: si la condition doit se réaliser pendant la vie du grevé, il y a legs conditionnel; si elle doit se réaliser à sa mort, il y a substitution. Nous avons examiné toutes ces questions en traitant du legs à terme et du legs conditionnel. Ce que nous avons dit des legs s'applique aux fidéicommiss; on a même tort de les distinguer, c'est une source de confusion dans une matière qui par elle-même est assez compliquée (1).

(1) Comparez Toullier, t. III, 1, p. 18, nos 30-32; Coin-Delisle, p. 44, no 22 de l'article 896; Aubry et Rau, t. VI, p. 8, § 694; Demolombe, t. XVIII, p. 100, no 95.

ARTICLE 4. De l'obligation de conserver et de rendre.

N° 1. PRINCIPE.

I. Il faut une obligation juridique.

457. Aux termes de l'article 896, l'institué doit être chargé de conserver et de rendre au substitué. Que faut-il entendre par le mot *charge*? Il est de jurisprudence que la charge implique une obligation juridique, c'est-à-dire un lien de droit qui constitue l'institué débiteur et le substitué créancier; de sorte que si l'institué ne remplit pas son obligation, le substitué a une action pour l'y contraindre, lui ou ses héritiers. De là, la cour de cassation conclut que la charge de conserver et de rendre doit être exprimée en termes impératifs et obligatoires.

Le principe ne saurait être contesté. Ce qui constitue l'essence de la substitution, c'est que les biens légués doivent être conservés par l'institué, premier gratifié, pour les rendre, à sa mort, au substitué, gratifié en second ordre. Le substitué reçoit les biens de l'institué, il doit donc avoir une action contre lui, comme tout légataire a une action contre le débiteur du legs. S'il ne résulte pas d'action de la disposition, il n'y a pas de charge de conserver et de rendre, car l'institué pourra disposer des biens sans qu'un tiers puisse agir contre lui ou ses héritiers pour les contraindre à les rendre. La cour de cassation a formulé le principe dans l'espèce suivante: un testateur lègue tous les biens qu'il laissera à son décès, avec le droit pour la légataire universelle d'en disposer en toute propriété et jouissance, comme de sa propre chose, à la seule condition qu'à sa mort elle léguera ou emploiera au soulagement des malheureux tout ce qu'elle aura hérité. Y avait-il là charge de conserver et de rendre dans le sens de l'article 896? Les termes mêmes du testament prouvaient que la légataire était libre de disposer, donc elle n'était pas tenue de conserver; elle avait, à la vérité, charge d'employer, à sa mort, ce qu'elle héritait au soulagement des malheureux; mais le testa-

teur ajoutait qu'il la laissait libre en cela d'agir comme elle le jugerait convenable. Pouvait-on dire que les biens ainsi légués étaient indisponibles? Non, car personne n'avait une action pour contraindre la légataire ou ses héritiers à faire l'emploi que le testateur désirait plutôt qu'il ne l'imposait, puisqu'il s'en rapportait entièrement à la légataire. La cour de cassation dit, à ce sujet, que la charge de conserver et de rendre implique, dans la personne du tiers appelé en second ordre, une action civile contre les héritiers du grevé pour les forcer à réaliser en sa faveur les volontés du disposant; que cette action est le corrélatif nécessaire et la sanction de la clause d'indisponibilité qui, sans elle, serait inefficace et sans valeur. Or, dans l'espèce, il n'y avait pas d'action, donc il n'y avait pas charge de conserver et de rendre (1).

458. Faut-il conclure de là avec la cour de cassation que les termes dans lesquels la charge de conserver et de rendre est exprimée doivent être impératifs et obligatoires (2)? Nous croyons que ce serait dépasser la pensée de la cour et dépasser aussi les exigences de la loi. C'est par opposition à l'ancien droit que la doctrine et la jurisprudence posent en principe que la charge de conserver et de rendre implique une obligation civile. Dans l'ancien droit, la volonté de créer une substitution résultait de l'expression d'un simple désir, d'un vœu, d'une espérance, d'une recommandation (3). C'est que l'on favorisait les substitutions, et l'on se contentait de l'intention manifestée, n'importe dans quels termes, que les biens légués fussent rendus à un tiers. C'était, à vrai dire, le droit commun, toute disposition de dernière volonté doit être valable, dès que la volonté est certaine et quels que soient les termes dont le testateur s'est servi. Sous l'empire du code civil, il n'en est plus ainsi; le législateur a mis les substitutions hors du droit commun en les prohibant. Les

(1) Rejet, 13 décembre 1864 (Dalloz, 1865, 1, 169). Comparez Paris, 23 janvier 1869 (Dalloz, 1869, 2, 121), et Rejet, 8 juillet 1834 (Dalloz, au mot *Substitution*, n° 64).

(2) Rejet, 19 mars 1856 (Dalloz, 1856, 1, 123); 11 juin 1860 (Dalloz, 1860, 1, 447).

(3) Thévenot, p. 66, nos 176-179.

motifs de cette prohibition sont tous d'ordre public; les auteurs du code réprouvent les substitutions parce qu'elles empêchent la libre circulation des biens et qu'elles entravent la liberté d'action des héritiers du substituant. Pour qu'il y ait substitution, il faut donc qu'il y ait un lien de droit qui enchaîne les personnes et les propriétés, une impossibilité légale d'aliéner, ce qui implique une obligation civile de conserver et de rendre les biens substitués. Sans cette obligation légale, l'institué reste libre de disposer comme il l'entend, il reste libre d'exécuter la substitution, et là où il y a liberté, il n'y a pas de lien d'obligation, partant pas de substitution. De là suit que le simple vœu, le désir, la prière, la recommandation ne suffisent plus pour qu'il y ait substitution; car il n'en résulte aucune entrave légale pour les personnes et les biens, partant il n'y a pas de substitution. C'est en ce sens que la cour de cassation dit qu'il faut des termes impératifs et obligatoires pour qu'il y ait substitution fidéicommissaire; c'est la clause qui doit être impérative plutôt que la formule. Il y a obligation contractuelle, quoique les parties n'aient pas employé les termes de créancier et de débiteur. De même il y a obligation de conserver et de rendre, bien que le testateur n'ait pas ordonné et commandé; il suffit qu'il ait imposé à l'institué l'obligation de conserver et de rendre, n'importe dans quels termes. Seulement l'expression d'un vœu, d'un désir, d'une prière ou une recommandation ne suffiraient pas. Il y a, sous ce rapport, une différence entre la substitution et les legs: pour les legs, on se contente d'une expression quelconque de la volonté du testateur, fût-ce sous forme de prière. Pour les substitutions, il faut plus. La raison en est que toute disposition de dernière volonté implique un droit pour le gratifié et une obligation pour celui qui doit l'exécuter. Tandis que tout fidéicommiss n'est pas une substitution; il faut que le substituant lie, enchaîne la liberté de l'institué et déclare les biens légués inaliénables; or, une disposition précative le laisserait libre de disposer des biens; donc il n'y aurait pas de substitution.

459. La doctrine de la cour de cassation, quant à l'expression de la volonté du testateur, est donc plutôt négative qu'affirmative; elle doit être entendue en ce sens que la manifestation d'un vœu, d'un désir, d'une prière ne suffit point. Ce principe a été combattu par Duranton et, à sa suite, par Coin-Delisle; nous croyons inutile de renouveler le débat, l'opinion de ces auteurs étant restée isolée. Il est vrai, comme ils le disent, que les fidéicommiss précatifs peuvent cacher une substitution fidéicommissaire; le testateur, sachant qu'il ne peut commander, prier, et l'institué, s'il est homme d'honneur, fera droit à ce vœu. On a répondu, et la réponse est péremptoire, qu'il est impossible d'empêcher les fidéicommiss secrets; le testateur peut n'imposer aucune charge dans son testament à son héritier, il s'abstiendra même d'émettre un désir, mais il fera connaître ses volontés oralement ou par lettre : qui empêchera l'institué de remplir ses intentions (1)?

La jurisprudence n'a jamais hésité sur cette question. Un mari institue sa femme pour son héritière mobilière et immobilière, voulant qu'elle soit maîtresse absolue de ses biens; puis il la prie de disposer de la moitié des immeubles en faveur de son beau-frère. Les frères du défunt demandèrent la nullité du testament du chef de substitution. Il a été jugé par la cour de Bruxelles que la dernière disposition n'était pas conçue en termes impératifs et ne conférait aucun droit à celui en faveur duquel l'héritière instituée était priée de disposer. Sur le pourvoi, il intervint un arrêt de rejet (2).

Un tuteur officieux institue sa pupille légataire universelle, en lui *recommandant expressément*, dans le cas où elle décéderait sans postérité, qu'elle *devra* faire retour à ses ayants droit de tout ou de la plus grande partie de sa succession. La cour de cassation maintint le testament. En droit, dit l'arrêt, la simple prière ou recommandation

(1) Aubry et Rau, t. VI, p. 15 et notes 17 et 18, et les auteurs qu'ils citent.

(2) Rejet, 5 janvier 1809 (Daloz, au mot *Substitution*, n° 60). Comparez Rejet, 20 janvier 1840 (Daloz, au mot *Substitution*, n° 177).

faite par le testateur à celui qu'il institue légataire de disposer en faveur d'un tiers des biens légués ne suffit pas pour constituer une substitution prohibée. En fait, le testateur ne s'est pas servi de termes impératifs et obligatoires; il s'est borné à *recommander expressément* à sa légataire de faire retourner les biens à ses héritiers; la *recommandation*, pour être *expresse*, ne change pas de caractère et ne peut donner à la clause un sens impératif et obligatoire qu'elle n'a pas. Cela n'est exact; le testateur faisait plus que *recommander expressément*, il ajoutait que la légataire *devait* faire retour aux héritiers du disposant de tout ou de la plus grande partie de sa succession; et le mot *devoir* est un terme impératif. La cour ajoute un autre motif, c'est que le testateur ne désignait aucun objet ni aucune quotité que la légataire devait conserver et rendre; ce qui prouvait qu'il s'en remettait entièrement à elle pour les dispositions qu'elle voudrait faire en faveur de ses héritiers naturels (1). Cela aussi n'est pas tout à fait exact, il y avait obligation de conserver pour la plus grande partie de la succession, donc au moins pour plus que la moitié.

Ce qui est vrai de la prière et de la recommandation s'applique naturellement au désir que le testateur exprime que le légataire conserve les biens légués pour les rendre à un tiers. La cour de cassation l'a jugé ainsi dans une espèce où, en fait, on aurait pu juger que le désir était un ordre. En effet, le testateur ajoutait la défense expresse d'aliéner : ne pouvait-on pas en inférer que le désir était sanctionné par la défense d'aliéner et que partant les termes, précatifs en apparence, étaient impératifs au fond (2)? A notre avis, il n'y avait pas de doute sur la volonté du testateur. Mais la question de fait, ainsi posée, n'entraîne pas dans les attributions de la cour de cassation; elle ne fut pas même soulevée.

Dans l'espèce suivante, la cour de cassation a encore jugé qu'il n'y avait pas de substitution. La testatrice, en

(1) Rejet, 19 mars 1856 (Daloz, 1857, 1, 123).

(2) Rejet, 11 juin 1860 (Daloz, 1860, 1, 447).

instituant pour légataires universels, entre autres son neveu placé sous conseil judiciaire, déclarait qu'elle ne lui laissait une part dans sa succession que pour la transmettre à ses enfants légitimes ou, à défaut d'enfants, à sa sœur, et non à d'autres. Si cette disposition avait été isolée, on aurait dû l'annuler comme entachée de substitution, car la testatrice exprimait une volonté bien décidée en la formulant sous forme de condition. Mais elle avait commencé par dire que si son neveu n'était pas pourvu d'un conseil judiciaire, elle aurait pris des mesures pour assurer la conservation des biens qu'elle lui laissait; elle déclare qu'elle s'en remet aux soins dudit conseil pour garantir son neveu contre sa propre faiblesse. La cour de cassation s'est prévaluée de cette clause pour en induire que la testatrice n'imposait pas à son légataire l'obligation absolue de conserver et de rendre les biens qu'elle lui léguait; que, loin de là, elle disait que, pour assurer la conservation de ces biens, elle comptait sur le concours du conseil judiciaire; d'où l'on peut conclure qu'elle n'attachait pas un caractère impératif à la *recommandation* par elle faite à son neveu, et qu'elle ne faisait que témoigner un simple vœu (1). Cette appréciation nous paraît bien douteuse. D'abord la testatrice ne faisait pas de *recommandation*, le mot ni l'idée ne se trouvent dans son testament. Puis, si elle s'en rapportait au conseil judiciaire, c'était pour empêcher son légataire prodigue de faire de folles dépenses; cela n'avait rien de commun avec la volonté très-décidée qu'elle manifestait, que les biens fussent transmis aux enfants du légataire ou à sa sœur, et non à d'autres.

Si, au lieu de se servir d'un terme précatif, le testateur dit que son *intention* est que les biens par lui légués à son petit-fils soient, au cas où il viendrait à décéder sans postérité, partagés entre ses frères et sœurs germains, à l'exclusion de tous autres; auxquels frères et sœurs il déclare faire substitution expresse, il n'y a aucun doute. L'*intention* exprime la *volonté*; et le mot *substitution*,

(1) Rejet, 14 juin 1865 (Daloz, 1865, 1, 437)

dont le testateur se sert pour désigner la vocation de ceux qu'il appelle en second ordre, complète sa pensée. Une disposition ainsi conçue a été annulée (1).

II. De la charge virtuelle de conserver et de rendre.

460. Faut-il que le testateur se serve des termes que l'article 896 emploie pour définir la substitution? Tout le monde admet que ces termes ne sont pas sacramentels. Il n'y a pas, en principe, de termes sacramentels pour manifester ses dernières volontés. Il est vrai que la volonté de faire une substitution est illégale; mais c'est une raison de plus de la frapper de nullité dès qu'elle est bien certaine, alors même que le testateur n'aurait pas dit formellement qu'il impose à son légataire la charge de conserver et de rendre. Il ne faut pas oublier que la prohibition prononcée par l'article 896 est d'ordre public, l'intérêt social est en cause. Peu important donc les termes dans lesquels la disposition est conçue: si la charge de conserver et de rendre en résulte nécessairement, il y a substitution. Quand peut-on dire que la charge de conserver et de rendre est virtuelle? C'est une question de fait. La doctrine et la jurisprudence s'accordent à décider qu'il y a substitution virtuelle lorsque la disposition ne peut recevoir son exécution que moyennant la conservation et la restitution des biens donnés ou légués (2). Quand il s'agit de questions de fait, les règles que la théorie formule ont peu d'importance, tout dépend de l'appréciation que le juge fait des circonstances de la cause. Les exemples que nous allons donner sont tous empruntés à la jurisprudence (3). Ils prouvent que les testateurs n'ont pas toujours l'intention de faire une substitution fidéicommissaire, alors même que la disposition contient une substitution prohibée. Cela n'empêche pas

(1) Amiens, 29 avril 1826 (Daloz, au mot *Substitution*, n° 62).

(2) Aubry et Rau, t. VI, p. 16, note 19, § 694. Poitiers, 6 mai 1847 (Daloz, 1847, 2, 132).

(3) Comparez les arrêts rapportés par Daloz, au mot *Substitution*, n° 110, 1°-6°.