

pouvait-elle se prévaloir, dans l'espèce, de la clause qui mettait les frais à charge de la succession? Le tribunal de première instance le jugea ainsi : le testateur, dit-il, prévoyant que ses dispositions seraient attaquées, a voulu mettre ses légataires à même d'en soutenir la validité sans courir le risque des frais trop considérables qu'ils auraient à supporter. Cette décision fut réformée en appel, et avec raison. La disposition litigieuse était illégale, puisqu'elle était viciée par une substitution; la nullité étant d'ordre public, la clause qui tendait à la maintenir était également viciée. Les héritiers légitimes ayant obtenu gain de cause, il eût été injuste de leur faire supporter les frais d'une instance qui tendait à soutenir une institution contraire à l'ordre public (1).

**512.** Peut-on considérer comme dispositions indépendantes l'institution qui se trouve dans un premier testament et la substitution qui se trouve dans un second? On enseigne que les deux testaments n'ayant d'effet qu'à la mort du testateur doivent être considérés comme une seule et même disposition, ce qui entraîne la nullité de la substitution et de l'institution conformément à l'article 896. Cela n'est-il pas trop absolu? Il y a sans doute des cas où le second testament ne fait qu'un avec le premier et où l'on doit, par conséquent, appliquer la nullité prononcée par l'article 896. Par testament olographe, une testatrice lègue 30,000 francs à son petit-neveu. Puis elle fait un testament par acte public où on lit la disposition suivante: « J'ai légué à mon petit-neveu une somme de 30,000 fr. pour le remplir de ses droits dans ma succession. Je confirme ce legs, mais à la charge de conserver et de rendre la somme de 30,000 francs à ses enfants nés et à naître. » Il a été jugé que les deux testaments formaient un tout indivisible et que la substitution inscrite dans le second était devenue la condition essentielle de la libéralité que la tante voulait faire à son petit-neveu (2). Cela n'était

(1) Metz, 7 juillet 1869 (Dalloz, 1869, 2, 226).

(2) Rejet, 2 mars 1858 (Dalloz, 1858, 1, 308). Comparez Rejet, de la chambre civile, 21 juin 1841 (Dalloz, au mot *Substitution*, n° 57, 2°). Aubry et Rau, t. VI, p. 29 et note 55.

guère douteux, bien que le procès ait été porté jusqu'en cassation.

Mais les deux testaments ne sont pas toujours et nécessairement indivisibles. Dès qu'il y a plusieurs testaments, il faut examiner si le dernier déroge au premier; ce qui est une question d'intention, et ces questions se décident d'après les circonstances de la cause. Les juges peuvent donc décider en fait que l'intention du testateur, en faisant le dernier testament, avec charge de conserver et de rendre, n'a pas été de révoquer le premier, qui contient une institution pure et simple. Une testatrice lègue tous ses biens à son beau-frère purement et simplement. Puis elle fait un second testament par lequel elle reproduit cette institution, avec charge de conserver et de rendre au profit des fils du légataire. Dans un troisième testament, elle fait un legs au profit de sa servante, en répétant que, sauf ce legs, elle donne tout à son beau-frère. Cette volonté persévérante d'avantager son beau-frère excluait toute pensée de révocation de la libéralité qu'elle lui avait faite; dès lors l'institution première, pure et simple, devait être maintenue (1).

N° 2. EXCEPTIONS.

**513.** En règle générale, l'institution et la substitution forment une seule disposition indivisible; voilà pourquoi la loi frappe de nullité la disposition entière. Cependant on ne peut pas poser en principe que la substitution et l'institution forment toujours et nécessairement un tout indivisible; cela n'est vrai que si l'une et l'autre libéralité sont valables en elles-mêmes, car il y a deux libéralités puisqu'il y a deux gratifiés. Or, l'une de ces libéralités peut être nulle en vertu des principes généraux qui régissent les donations et les legs; y aura-t-il, dans ce cas, substitution prohibée? Non, car l'une des conditions requises pour qu'il y ait substitution fait défaut, il n'y a qu'une seule libéralité, un seul gratifié. Reste à savoir si

(1) Rouen, 6 janvier 1869 (Dalloz, 1870, 2, 248).



cette libéralité unique est valable. Il n'y a guère de doute dans le cas où l'institution est valable et la substitution nulle. Supposons que l'institution se trouve dans un premier testament, le second, qui contient la substitution, est nul en la forme; la nullité de la substitution entraînerait-elle la nullité de l'institution? Non, le second testament, nul en la forme, est considéré comme n'ayant jamais été fait; il n'y a donc ni substitution ni institution, il y a une première libéralité qui est valable et qui doit recevoir son exécution. Vainement objecterait-on que le testateur a voulu subordonner sa première libéralité à la charge de conserver et de rendre; la volonté qui n'est pas exprimée dans les formes voulues par la loi n'est pas une volonté, la loi n'en tient aucun compte.

La question devient douteuse lorsque l'institution est nulle et la substitution valable. Celle-ci peut-elle valoir comme libéralité par elle-même et indépendamment de l'institution? On l'enseigne, par le motif que nous venons de donner dans la première hypothèse. La substitution aussi est une libéralité; quand l'institution est valable, le second gratifié ne recueille les biens qu'après le premier. Quand l'institution est nulle, le substitué devient un donataire ou un légataire ordinaire: pourquoi ne recueillerait-il pas les biens qui lui ont été donnés ou légués? Il est vrai que par sa nature même la substitution est une libéralité en second ordre, en ce sens qu'elle ne produit son effet qu'après la première; mais il n'en résulte pas qu'elle soit dépendante de la première et qu'elle doive tomber avec elle. Tout ce que l'on peut dire, c'est que la volonté du disposant est scindée, puisqu'elle ne reçoit son exécution qu'en partie; mais cela vient de ce qu'il a fait une institution nulle; la nullité de l'une des libéralités ne peut pas entraîner la nullité de l'autre, puisqu'elles sont distinctes et indépendantes. On objecte la volonté du testateur; s'il avait prévu la nullité de l'institution, aurait-il maintenu la substitution? Nous répondons que le juge n'a pas le droit d'entrer dans ces considérations. Il doit respecter une libéralité valable, sans qu'il puisse rechercher ce que le testateur

aurait fait s'il avait prévu la nullité de l'institution (1).

**514.** L'une des deux libéralités peut devenir caduque par le prédécès de l'institué ou du substitué. Dans ce cas, il n'y a plus de substitution, puisqu'il ne reste plus qu'une seule libéralité. Cela suppose que la disposition avec charge de conserver et de rendre est faite par testament; le substitué prédécède au testateur, la substitution tombe, l'institution subsiste. Il n'y a plus de substitution, puisqu'il n'y a plus de substitué. L'institution subsiste, puisque la libéralité est valable en elle-même. On ne peut pas objecter la volonté du disposant, puisque c'est de son vivant que le substitué est venu à mourir; il aurait donc pu changer ses dispositions, révoquer l'institution, il la confirme en ne faisant pas de nouveau testament. Il en est de même lorsque l'institué vient à prédécéder au testateur; il n'y a plus de substitution, puisqu'il n'y a plus d'institué. La substitution subsiste comme libéralité distincte et indépendante de l'institution. On a objecté que le substitué n'étant appelé qu'en vertu d'une substitution et à titre de substitué, la caducité de l'institution doit entraîner la caducité de la substitution. Nous avons déjà répondu à l'objection (n° 513); le testateur veut avantager le substitué aussi bien que l'institué; dans l'espèce, il a confirmé cette libéralité, puisque, l'institué étant prédécédé, il pouvait prendre de nouvelles dispositions s'il entendait que le substitué ne recueillît pas les biens immédiatement. Comme il ne change pas ses premières dispositions, on en doit conclure qu'il veut les maintenir. La jurisprudence est en ce sens ainsi que la doctrine (2).

**515.** La substitution peut être conditionnelle, ce qui ne l'empêche pas d'être prohibée et nulle. Si la condition défailit pendant la vie du testateur, la disposition serait-elle nulle? Non, puisque la disposition n'existe qu'à la mort du testateur; or, à cette époque, il n'y a plus de

(1) Coin-Delisle, p. 54, nos 46 et 47 de l'article 896. Aubry et Rau, t. VI, p. 30 et note 58.

(2) Voyez les autorités citées par Aubry et Rau (t. VI, p. 38, note 59), par Demolombe (t. XVIII, p. 212, n° 184) et par Dalloz, n° 142. Il faut ajouter Paris, 19 juillet 1870 (Dalloz, 1870, 2, 215). Rejet, chambre civile, 19 mars 1873 (Dalloz, 1873, 1, 55).



deuxième libéralité, puisque la condition sous laquelle elle était faite ne peut plus se réaliser. On a objecté la règle catonienne d'après laquelle le testament vicié est nul par cela seul qu'il ne peut produire aucun effet au moment où il est dressé. Cette opinion, soutenue dans une consultation de Coin-Delisle, n'a pas prévalu. La cour d'Amiens ne répond pas même à l'objection, et la cour de cassation n'en a tenu aucun compte (1). Notre code ignore la règle catonienne. S'il prohibe les substitutions, c'est parce que l'institué est chargé de conserver et de rendre, et que la propriété frappée d'inaliénabilité est incertaine. Or, quand, du vivant du testateur, la charge de conserver et de rendre s'évanouit, peut-on dire que la propriété reste un instant incertaine? Si on laissait là le droit romain et si l'on s'en tenait au texte et à l'esprit de notre législation, on éviterait bien des controverses et des procès. La cour de cassation ajoute, et cela allait sans dire, que si la condition vient à défaillir après la mort du testateur, la disposition ne laisse pas d'être nulle. Dans ce cas, l'article 896 est applicable, puisqu'il y a une disposition avec charge de conserver et de rendre, ce qui suffit pour qu'elle soit nulle.

**516.** Il faut décider par le même principe la question de savoir si la disposition entachée de substitution devient valable lorsque l'institué ou le substitué renonce au bénéfice de la libéralité faite en leur faveur. Il ne peut pas être question d'une renonciation antérieure à l'ouverture de la disposition, puisque ce serait un pacte sur une succession future, pacte que le code prohibe d'une manière absolue (art. 1130). Si la renonciation se fait après la mort du testateur, elle est inopérante, car la disposition est frappée de nullité dès l'instant où elle s'ouvre, et la nullité est radicale, comme nous le dirons plus loin. Donc au moment où l'institué ou le grevé renonce à leur droit, ce droit n'existe plus; la renonciation est sans effet, la substitution est et reste nulle. On objecte que la

(1) Amiens, 6 avril 1854, et Rejet, 26 février 1855 (Dalloz, 1855, 2, 1, et 1855, 1, 229).

renonciation est une cause de caducité aussi bien que le prédécès du légataire (art. 1043), qu'elle doit donc produire le même effet. Dans les legs ordinaires, c'est-à-dire quand la libéralité est licite, cela est vrai, mais la substitution est une libéralité illicite; au moment où elle devrait s'ouvrir, elle est annulée, il n'y a plus de droit auquel l'un des gratifiés puisse renoncer. S'il en est autrement en cas de prédécès, c'est que, dans ce cas, la disposition n'étant pas ouverte, il n'y a pas encore de substitution, et il ne peut y en avoir, précisément à cause du prédécès de l'institué ou du substitué (1).

**517.** Le testateur, craignant que ses dispositions ne soient attaquées et annulées comme entachées de substitution, déclare que si les substitutions qu'il établit ne peuvent avoir lieu, il entend que celles qui ne sont pas contraires à la loi aient leur exécution. Cette clause efface-t-elle le vice de la substitution? La cour de cassation a validé une disposition conçue dans les termes que nous venons de rapporter, bien que l'acte contint des substitutions prohibées. Nous croyons qu'elle a bien jugé. Le testateur peut se trouver dans l'incertitude sur le point de savoir si ses dispositions sont valables ou non; il ne veut pas violer la loi; que lui reste-t-il à faire? Il déclare que si ses dispositions sont contraires à la loi, il les efface et les retire. Dès lors il n'y a plus de substitution. En effet, pour qu'il y ait substitution, il faut que l'institué soit obligé de conserver et de rendre; or, le testateur ayant dit qu'il ne veut que l'exécution de celles de ses dispositions qui ne sont pas contraires à la loi, cette déclaration fait disparaître pour l'institué toute obligation, même morale, de conserver et de rendre. On demandera ce que deviennent les dispositions contenant des substitutions prohibées? La cour répond que le testateur, en renonçant à la substitution, manifeste l'intention de préférer l'institution à la substitution au cas où elles ne pourraient avoir effet l'une et l'autre; les biens deviennent

(1) Aubry et Rau, t. VI, p. 31 et note 60. Demolombe, t. XVIII, p. 213, n° 185.



donc libres de toute charge dans les mains de l'institué, ce qui fait disparaître tous les inconvénients à raison desquels la loi a prohibé les substitutions (1).

La clause peut aussi être conçue en d'autres termes. On suppose que le testateur dit que, dans le cas où la disposition serait attaquée comme renfermant une substitution, il entend que l'institution ait son effet comme libéralité pure et simple, sans charge aucune, ou que la substitution soit maintenue comme libéralité directe, l'institution étant abandonnée. La clause ainsi formulée est-elle valable? MM. Aubry et Rau enseignent qu'on doit la réputer non écrite, parce qu'elle tend à éluder la prohibition des substitutions (2). D'autres auteurs la déclarent valable. Il nous semble que cette dernière opinion doit être préférée, au moins comme règle. Sans doute, on ne peut pas permettre au testateur d'éluder la prohibition de la loi, surtout quand la loi est d'ordre public; car éluder la loi, c'est la violer, et la violation doit entraîner la nullité de la clause. Il faut donc voir si la clause litigieuse implique nécessairement la fraude. En général, la fraude ne se présume pas: pourquoi la présumerait-on en matière de substitution? L'interprète, au moins, ne le peut pas, puisque la loi n'établit aucune présomption, ni de bonne ni de mauvaise foi. Donc le juge devra rechercher la pensée du testateur, en prenant en considération les circonstances de la cause et les clauses de l'acte: il annulera la substitution malgré la clause qui tendait à prévenir l'annulation, s'il y a fraude à la loi: il la maintiendra si le testateur n'avait aucune intention de violer la prohibition de l'article 896. En théorie, il y a des probabilités pour la bonne et pour la mauvaise foi. Il est certain que bien des testateurs cherchent à échapper à la prohibition prononcée par l'article 896; et il est tout aussi certain qu'il y en a qui ne songent pas à éluder une loi qu'ils ignorent, et alors même qu'ils la connaissent, ils peuvent se tromper de bonne foi: les meilleurs

(1) Rejet, 5 décembre 1865 (Daloz, 1866, 1, 36).

(2) Duranton, t. VIII, p. 101, n° 84. Aubry et Rau, t. VI, p. 32 et note 61.

jurisconsultes ne sont-ils pas divisés sur ces questions épineuses? Et si le testateur est de bonne foi, pourquoi ne lui permettrait-on pas d'ajouter une clause qui, en modifiant ses dispositions, leur donne effet (1)?

La jurisprudence est en ce sens; et, il faut le dire, dans les espèces qu'elle a eu à juger, il n'y avait aucune apparence de fraude, pour ne pas dire que la bonne foi était certaine. Un testateur avait fait plusieurs dispositions par lesquelles il stipulait le retour des choses données à ses héritiers, au cas où les légataires mourraient sans postérité. Les clauses de retour sont des plus douteuses; prévoyant ou craignant que ses dispositions restassent sans effet, le testateur ajouta: « Dans le cas où l'on prétendrait que je n'ai pas pu assurer le retour à mes héritiers et que, de fait, d'une manière ou de l'autre, le retour n'ait pas lieu, je dégage mon hérité de toute pension envers la mère, etc. » Le testateur maintenait l'institution et supprimait la substitution. La cour de Paris donna effet à la clause; la question de fraude ne fut pas même agitée, la bonne foi du testateur n'était pas douteuse (2). Elle l'était encore moins dans une affaire jugée par la cour de Poitiers. La testatrice avait eu soin de prendre l'avis de plusieurs jurisconsultes et avocats distingués; elle déclare que, d'après les consultations qui lui ont été données, elle a lieu de croire que ses intentions sont conformes à la loi; mais si, contre son attente, les dispositions qu'elle avait faites en faveur de son petit-neveu venaient à être attaquées, sous prétexte qu'elles contiendraient une substitution prohibée par la loi, elle fait une libéralité pure et simple au profit de son légataire qu'elle chérissait et pour lequel elle sentait la plus tendre affection, voulant, en conséquence, qu'il recueillît un jour sa succession de préférence à tout autre (3).

**518.** Il en serait autrement si le testateur avait ajouté une clause pénale pour empêcher les héritiers d'attaquer

(1) Bayle-Mouillard sur Grenier, t. I, p. 251. Coin-Delisle, p. 57, n° 51 de l'article 896. Demolombe, t. XVIII, p. 215, n° 188.

(2) Paris, 3 mars 1820 (Daloz au mot *Substitution*, n° 246).

(3) Poitiers, 30 juillet 1830, et Rejet, 20 décembre 1831 (Daloz, n° 149).



les dispositions pour cause de substitution. Ici l'on peut appliquer à la lettre ce que les auteurs disent du caractère de la prohibition et de la nécessité de prononcer la nullité des clauses qui tendraient à l'éluider. Aussi la jurisprudence prononce-t-elle la nullité des clauses pénales ajoutées à une substitution dans le but de la maintenir. Nous renvoyons à ce qui a été dit ailleurs sur ce point<sup>(1)</sup>.

N° 3. EFFET DE LA NULLITÉ.

**519.** L'article 896 prononce la nullité de la disposition tout entière. Quel est le caractère de cette nullité? La question est très-importante à raison des conséquences qui découlent du principe, suivant que l'on admet que la nullité est ou n'est pas d'ordre public. Nous croyons avec la cour de cassation que la nullité est essentiellement d'ordre public<sup>(2)</sup>. Le caractère de la nullité qui sanctionne une prohibition dépend de la nature de la disposition qui est prohibée. Qu'on se rappelle les motifs qui ont fait prohiber les substitutions: elles sont contraires à l'intérêt économique de la société, parce qu'elles mettent les biens hors du commerce: elles sont en opposition avec le principe démocratique qui est la base de notre ordre social: elles blessent l'ordre moral en établissant l'inégalité entre les enfants du même père. Si jamais il y a eu une prohibition et, par suite, une nullité d'ordre public, c'est bien celle qui est écrite dans l'article 896. On l'a cependant contesté. La substitution, dit-on, est contraire à l'intérêt général, mais l'institution n'a rien qui compromette les intérêts de la société, c'est une libéralité ordinaire<sup>(3)</sup>. Sans doute, mais quand cette libéralité se lie à une libéralité prohibée, elle est infectée des mêmes vices; si l'on veut empêcher les substitutions, il faut frapper l'institution; ces deux éléments des substitutions se confondent

(1) Rejet, de la chambre civile, 30 juillet 1827 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 185, 2°). Comparez le tome XI de mes *Principes*, p. 620, n° 475.

(2) Rejet, 2 mars 1858 (Dalloz, 1858, 1, 308).

(3) Berthauld, *Questions pratiques et doctrinales du code Napoléon*, t. I, p. 395, nos 489 et 490.

donc à ce point qu'on ne peut pas les scinder, et dire que l'une est d'ordre public et que l'autre n'est pas d'ordre public; voilà pourquoi la loi prononce la nullité de la disposition.

Nous croyons qu'il faut aller plus loin; si l'on admet la doctrine des actes non existants, il faut décider que les substitutions sont frappées d'une nullité radicale, en ce sens qu'elles ne peuvent produire aucun effet. Aux termes de l'article 1131, l'obligation ne peut produire aucun effet quand elle a une cause illicite; et l'article 1133 dit que la cause est illicite quand elle est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public. Ces dispositions, comme nous l'avons dit ailleurs, reçoivent leur application aux donations et testaments, sauf l'exception que fait l'article 900 pour les conditions illicites qui sont réputées non écrites<sup>(1)</sup>. Si l'on est d'accord sur ces prémisses, la conséquence ne saurait être contestée. Quelle est la cause des substitutions? Un motif juridique que la loi réprouve, soit un mobile aristocratique, soit une préférence et un privilège, soit l'indisponibilité des biens. A tous égards donc la substitution a une cause illicite; on peut dire qu'elle réunit tous les vices qui constituent une cause illicite d'après l'article 1131: elle est prohibée par la loi, elle est contraire aux bonnes mœurs et à l'ordre public. Certes si un acte mérite d'être frappé par le législateur, c'est celui qui blesse tous les intérêts, tous les droits. Et quel est le moyen le plus énergique d'empêcher que les substitutions ne soient exécutées malgré la prohibition de la loi? C'est de les déclarer non existantes; n'ayant pas d'existence aux yeux de la loi, elles ne pourront jamais produire aucun effet. Tandis que si l'on se contente de les déclarer nulles, elles auront une existence juridique, elles pourront être exécutées, confirmées et devenir pleinement valables. Nous reviendrons sur la théorie des actes inexistantes, au titre des *Obligations*; nous l'avons déjà exposée et appliquée à plusieurs reprises. Pour le moment, nous supposons

(1) Voyez le tome XI de mes *Principes*, p. 561, nos 427 et suivants.