

» légataires ; qu'à la vérité la disposition inspirée par la pré-
 » voyance de la testatrice était inutile, parce qu'entre les
 » héritiers ou légataires appelés conjointement l'accroisse-
 » ment a lieu de plein droit ; mais que dans le doute les juges
 » doivent interpréter les clauses des actes dans le sens favo-
 » rable à leur exécution. » Sur l'appel, arrêt qui confirma.
 Pourvoi en cassation. Mais par arrêt du 19 juillet 1814, la
 cour « attendu que la cour de Paris a pu, par voie d'interpré-
 » tation, décider qu'au lieu d'une substitution, il n'y avait
 » qu'un droit d'accroissement prévu par l'art. 1044, » rejeta
 le pourvoi (1).

127. Y a-t-il substitution dans l'espèce suivante que je
 tire d'un testament qui est passé sous mes yeux dans l'affaire
 de M^{me} de Tauriac contre M^{me} de Curel, jugée par la cour
 de Nancy, le 1^{er} février 1827.

M. de Merigny institue pour légataire de ses bois la dame
 de Tauriac, et ajoute qu'à sa mort elle doit en rendre le prix
 à ses trois enfants.

La cour n'eut pas à s'occuper du sort de cette disposition
 qui avait été exécutée avec connaissance de cause par les par-
 ties. Cependant, dans les plaidoiries, le défenseur de M^{me} de
 Curel eut à en parler épisodiquement et la représenta comme
 contenant un fidéicommiss prohibé par la loi.

Je pense qu'il était dans l'erreur. Toute substitution doit
 comprendre une charge de conserver et de rendre. Ici la
 dame de Tauriac n'avait pas la charge de conserver les bois
 faisant partie de la succession, puisque le testateur l'autorisait

(1) Devill., 4, 4, 597. Dalloz, v^o *Substitution*, p. 204. — Il a été jugé ré-
 récemment dans le même sens, par la cour de Paris, que la clause d'une donation
 faite à plusieurs personnes, portant qu'au cas du décès de l'un des donataires
 avant de s'être marié, les biens par lui recueillis seront dévolus aux autres
 n'a pas le caractère d'une substitution prohibée. Paris, 16 février 1859 (J.
 Pal. 1860, p. 71 ; Devill., 60, 2, 486).

à les vendre, sauf à en remettre le prix à ses enfants à sa mort.
 Une telle disposition est loin d'avoir les inconvénients des
 substitutions, à savoir, de mettre les biens hors du commerce.
 Elle laisse les immeubles libres, disponibles, aliénables, sai-
 sissables.

Il est vrai qu'elle charge la légataire de rendre le prix à ses
 enfants ; mais il n'y a pas d'obligation d'emploi, et d'après
 l'art. 5 du titre 1 de l'ordonnance de 1747, la substitution est
 sans portée ni puissance à l'égard des effets mobiliers, si le
 testateur n'a pas pris la précaution de prescrire un emploi (1) ;
 elle dégénère en conseil puisqu'elle n'a pas de sanction.

128. On a vu une disposition contenant contrat aléatoire
 attaquée comme substitution ; voici l'espèce :

Plusieurs individus copropriétaires d'un immeuble étaient
 convenus de le posséder en commun, soit même divisément,
 avec clause que la part des prémourants accroîtrait aux sur-
 vivants, de telle sorte que le dernier vivant devait réunir la
 totalité sur sa tête.

Pour soutenir qu'il y avait substitution, on disait que les
 survivants n'ayant qu'une portion dans la chose ne pouvaient
 réunir la portion des décédés que comme donataires, et que
 les prémourants étaient chargés de conserver et de rendre au
 dernier survivant ; ce qui constituait un véritable ordre suc-
 cessif. On citait la loi 1, C., *De donat. causa mortis*, qui dit
 formellement qu'il y a fidéicommiss.

M. Merlin, donnant des conclusions dans cette affaire, fut
 d'avis qu'il y avait substitution fidéicommissaire (2). Mais la
 Cour de cassation ne suivit pas son opinion. Elle envisagea
 l'acte sous un point de vue tout différent. Son arrêt est du 12
 pluviôse an ix (3).

(1) Furgole sur ces articles.

(2) Quest. de droit, v^o *Substitution fidéic.*, § 4.

(3) *Loc. cit.*

M. Merlin, en le rapportant, ne fait aucun effort pour le combattre, et nous pensons avec la Cour de cassation, qu'on ne peut voir dans la disposition attaquée qu'un contrat intéressé de part et d'autre. Chacun des contractants ne s'y propose que son seul intérêt, et n'entend point accorder de bienfait à l'autre (1). La portion que chacun d'eux doit avoir en succédant à l'autre, n'est pas seulement l'équivalent de celle qu'il a donnée, mais l'équivalent et de cette portion et du risque qu'il doit courir. En un mot la convention entre les parties est comme un jeu de loterie, une tontine; mais elle ne présente ni don, ni libéralité, et par conséquent elle ne peut renfermer une substitution.

129. Plusieurs lois romaines que Pothier, dans ses *Pandectes*, a réunies sous le titre *ad S. C. Trebell.* (2), parlent d'une espèce de fidéicommiss appelé *de eo quod supererit*. En voici l'espèce : J'institue Pierre mon héritier, et lorsqu'il mourra, je le charge de rendre à Jean ce qui restera de ma succession : « *Quidquid ex hæreditate mea supererit, rogo instituas,* » dit la loi, 54, D., *ad S. C. Trebell.*

Dans le droit du Digeste on n'avait pas précisément limité la faculté de diminuer un tel fidéicommiss par des aliénations. Mais il était de règle que le grevé ne pouvait faire d'aliénations que celles qu'un bon père de famille aurait faites, *arbitrio boni viri*; c'est-à-dire des aliénations autorisées par une cause juste et probable (3). On n'était pas censé avoir diminué le patrimoine grevé, si avec le prix de la vente des biens on en achetait d'autres; ceux-ci étaient subrogés aux premiers.

On voit par là que le grevé était loin d'avoir une liberté

(1) V. Ricard, *Don mutuel*, n° 2.

(2) T. II, p. 529, nos 25 et suiv.

(3) L. 70, § fin., D., *De legat.*, 2°. — L. 71, *ibid.*

absolue d'aliéner. Son droit était très-circonscrit; il ne pouvait aliéner que de bonne foi.

Justinien, par sa nouvelle 108, ordonna que le grevé ne pût aliéner que les trois quarts de l'hérédité. Cependant il lui était permis, pour cause de dot, de donation à cause de noces, de rédemption des captifs, de dépasser cette quotité. En dehors de ces cas exceptionnels, le quart des biens devait rester libre au substitué. Cette jurisprudence était observée en France, comme l'atteste Thévenot (1).

Mais il y avait une grande controverse parmi les jurisconsultes, sur la question de savoir si depuis la nouvelle de Justinien le grevé pouvait aliéner suivant son bon plaisir les trois quarts disponibles.

Ceux-ci voulaient qu'il ne pût aliéner qu'en cas de nécessité. Ceux-là distinguaient et disaient : Si l'aliénation a été faite de mauvaise foi dans le but de renverser le fidéicommiss, l'aliénation n'est pas bonne; s'il ne paraît pas qu'on ait eu cette intention, l'aliénation vaut (2).

Une troisième opinion plus généralement admise, voulait que le grevé fût maître d'aliéner les trois quarts suivant son bon plaisir. Cet avis était plus conforme au texte et à l'esprit de la nouvelle de Justinien. Car l'empereur dit que le grevé pourra disposer des trois quarts comme un véritable propriétaire : *Sicut voluerit uti, quemadmodum perfectis dominis competit*. Or le véritable propriétaire peut donner et aliéner entre-vifs à titre gratuit; donc la même faculté doit être concédée au grevé *de eo quod supererit*. Telle est l'opinion de Fachinée (3), celle de Fusarius (4), qui assure que c'est

(1) V. Peregrinus, ch. 22, art. 40, n° 40. Fusarius, *quest.* 595. Fachinée, *Controv.*, lib. 5, 6, 52.

(2) Menoch., *Quest.*, 4, 186, 11.

(3) *Loc. cit.*

(4) *Quest.* 595.

l'opinion commune, et celle de Cujas (1), de Peregrinus (2), Perezius (3), Corvinus (4), etc.

Mais une question plus controversée et plus difficile, était de savoir si la permission d'aliéner comprenait la faculté de disposer par testament. On peut voir dans Fusarius la grande contrariété d'avis qui existait à cet égard parmi les docteurs. Cependant la majorité voulait que l'aliénation faite par dernière volonté fût valable. Ils se fondaient sur la loi 8, § 2, C., *De sec. nuptiis*, dans laquelle on voit qu'une femme à qui on avait permis d'aliéner certains biens, pouvait instituer un héritier en iceux (5).

Cette opinion paraît singulière au premier coup d'œil; car on ne peut pas dire que celui qui dispose par testament aliène (6). La succession testamentaire imite la succession légitime, et certainement on n'a jamais mis dans la classe des aliénations la transmission des biens par succession légitime; il semble donc qu'il doive en être de même lorsque les biens sont transmis par succession testamentaire. On ajoute à cette considération que le testament ne produit d'effet qu'après la mort, et que celui qui a fait la substitution ayant grevé de la charge de rendre les biens qui resteraient à la mort du grevé, a voulu que les biens qui n'étaient pas sortis de la main de ce dernier, à sa mort, fussent compris dans le fidéicommiss.

Mais on peut répondre que Justinien a voulu que le grevé

(1) *Exposit.* de la nouvelle 108, *Vers. quemad.*

(2) Art. 40, nos 42, 44, 51.

(3) Sur le cod. *De legat. et fideic.*, n° 41.

(4) Même titre.

(5) V. sur ce texte les notes de Godefroy et les lois qu'il cite, 69, § 3. D., *De legat.*, 2°. L. 135, § 5, D., *De verb. oblig.* L. 1, D., *De fundo dotali.* L. 28 et 67, D., *De verb. signif.*

(6) Argument de la loi 38, D., *De leg.*, 3°.

pût disposer des trois quarts de la succession comme un propriétaire parfait, *ut perfectus dominus*; qu'il eût sur ces trois quarts le même pouvoir qu'un maître : *Et licentiam habere cum iis bonis, sicut voluerit uti, quemadmodum perfectis dominis competit.* La loi ne dit pas *aliéner*; elle dit *uti*, se servir, mot qui embrasse toutes les manières de disposer. Dès lors, on ne doit pas comprendre dans ce fidéicommiss *de eo quod supererit*, les biens que laisse le grevé *postquam usus est*, les biens dont il a disposé, sur lesquels il a testé; biens qui ne sont plus libres dans sa main, et qui ne sont pas libres dans sa succession.

Cette argumentation, puisée dans le texte même de la loi me paraît décider la question et répondre à toutes les objections.

Mais le disposant peut donner plus ou moins d'étendue à la disposition *de eo quod supererit*; il peut ou s'en rapporter à la latitude de la loi, ou restreindre le pouvoir du grevé. On demande donc si le disposant, au lieu de dire, par exemple : Je laisse Titius mon héritier, et je lui substitue Sempronius dans ce qui restera; dit : « J'institue Titius et je lui substitue » Sempronius. Je permets à Titius d'aliéner. » Dans ce cas le disposant me paraît avoir donné à son héritier moins de latitude que la loi ne lui en donnait; il ne lui a pas permis de disposer comme maître, *uti*; il lui a permis seulement d'aliéner, ce qui n'est qu'une des manières de disposer. Je pense, dans ce cas, que le grevé ne pourrait pas tester sur les biens fidéicommissés, car tester et aliéner me paraissent deux choses différentes. Du reste, il semble que cette distinction entre les différents cas, concilie les opinions différentes des docteurs (1).

(1) V. un arrêt de la cour de Corse du 20 janvier 1825 et l'arrêt de rejet du 1^{er} février 1827 (Dalloz, 27, 4, 430).

150. Maintenant demandons-nous si un tel fidéicommiss forme, sous le Code Napoléon, une substitution prohibée.

Il est certain qu'aujourd'hui le droit du grevé n'est limité par rien, et qu'il a la liberté la plus entière d'aliéner, soit à titre onéreux, soit à titre gratuit. Les biens sont donc libres entre ses mains; et dès lors on aperçoit une immense différence entre les substitutions prohibées qui frappent d'inaliénabilité les propriétés territoriales, et le fidéicommiss *de eo quod supererit*, qui laisse au contraire un droit illimité d'aliéner. D'ailleurs, le Code ne prohibe que les dispositions où la charge de rendre se trouve réunie à celle de conserver. Or, on ne peut pas dire que le grevé *de eo quod supererit* soit chargé de conserver. Donc le fidéicommiss *de eo quod supererit* ne tombe pas sous la prohibition du Code.

Cet avis est celui de M. Toullier (1), de M. Merlin (2), de M. Dalloz (3), etc., etc. Cependant quelques écrivains ont soutenu qu'il y a substitution fidéicommissaire dans l'espèce dont il s'agit. Ils s'appuient sur Thévenot, qui a dit avec Peregrinus : « Une institution qui contiendrait la permission » d'aliéner indéfiniment, formerait substitution fidéicommissaire, vu qu'il y aurait obligation de rendre dans le cas » où le grevé n'aurait pas aliéné. » Mais, que résulte-il de là? Pas autre chose si ce n'est que dans les principes antérieurs au Code, il y avait deux sortes de substitutions : l'une avec l'obligation de conserver; l'autre dégagée de cette obligation, et dans laquelle on ne trouvait que la charge éventuelle de rendre, subordonnée à la condition que le fiduciaire n'eût pas du tout aliéné. Or le Code a-t-il défendu ces deux sortes de substitutions? Nullement. Il n'annule que les

(1) T. V, n° 38.

(2) Q. de droit, v° *Substit. fidéic.*, § 43.

(3) V° *Substit.*, p. 467.

dispositions qui contiennent la double charge de conserver et de rendre; il n'y a que celles-ci qui présentent des inconvénients réels, en retirant du commerce une grande masse de propriétés. Les autres, au contraire, en sont exemptes, puisqu'elles permettent au fiduciaire de vendre, d'aliéner, d'hypothéquer, etc. On peut fortifier ces raisons, ainsi que le fait M. Toullier, par la jurisprudence suivie sous la coutume de Bretagne, qui n'admettait pas les substitutions, et qui cependant considérait comme valide le fidéicommiss *de eo quod supererit*.

151. Il faut convenir cependant que les arrêts des cours d'appel ne sont pas uniformes sur cette question. Mais aujourd'hui que les substitutions sont moins à craindre que dans les premiers temps de la promulgation du Code, et qu'on les envisage avec plus de sang-froid, j'ai peine à croire qu'une disposition de cette espèce fût déclarée nulle (1).

M. Rolland de Villargues, après avoir pensé que le fidéicommiss *de eo quod supererit* était défendu par le Code, en est revenu à l'opinion que cette disposition ne rentre pas dans la prohibition; mais il veut que, l'institution valant, la charge

(1) Argument d'un arrêt de rejet de la Cour de cassation du 9 juillet 1832; req. (Dalloz, 32, 4, 334). — Une question analogue est posée et diversement résolue par les auteurs, c'est celle de savoir s'il y a substitution quand un légataire, chargé de conserver pour un tiers la chose léguée, a néanmoins reçu la faculté de l'aliéner *en cas de besoin*. Pour la négative V. MM. Merlin, Q., v° *Subst. fidéic.*, § 43, n° 3; Rolland de Villargues, 2^e édit., n° 236; Vazeille, art. 896, n° 31; Aubry et Rau, t. 6, p. 20 et note 30. — En sens contraire MM. Grenier, *Don. et Test.*, observ. prélim., n° 7 *ter*; Marcadé, art. 896, n° 3; Coin-Delisle, art. 896, n° 30. — Néanmoins on reconnaît généralement que la question peut être résolue, en fait et par appréciation, dans l'un ou l'autre sens suivant que le légataire a été seul juge de ses besoins, auquel cas il n'y aurait pas substitution, ou que les tribunaux seraient appelés à constater la nécessité des aliénations faites par le légataire, auquel cas il y aurait substitution. V. en ce sens Req., 24 avril 1860 (Devill., 60, 4, 514; J. P. 1860, p. 4462). V. aussi M. Boissard, *Subst. et maj.*, p. 233

de rendre ce qui restera soit nulle, parce que, suivant lui, elle n'est pas obligatoire (1), comme dépendante du pur arbitre du grevé (2), comme étant pleinement potestative; il se fonde sur l'art. 1174 du Code Napoléon et sur les lois 45, § 2, 73, D., *De leg.*, 2°, et sur la loi 11, § 7, *De leg.*, 3°.

Ce système ne nous paraît pas fondé. En effet, s'il est vrai de dire que la charge de conserver n'est pas obligatoire, ou pour mieux dire qu'elle n'existe pas, il n'en est pas de même de la charge de rendre, qui produit un véritable lien de droit; en sorte que s'il reste quelque chose, on ne peut se dispenser de rendre. Peut-être M. Rolland de Villargues dira-t-il qu'au moyen des aliénations permises au fiduciaire, ce dernier pourra rendre illusoire la charge de rendre. Rien n'est plus vrai; mais il n'en résulte pas que cette charge de rendre soit remise *in merum arbitrium* du grevé, puisque ce n'est qu'en aliénant tout qu'il peut se dispenser de rendre. Il suffit de se reporter aux textes cités par M. de Villargues pour s'assurer qu'ils sont loin d'être décisifs en sa faveur (3). Ulprien décide formellement, dans la loi 11, § 7, que quand la condition n'est pas abandonnée au pur arbitre du légataire, elle doit être exécutée. Nous pouvons confirmer cette décision par ce passage de Pothier (4) :

« Potest etiam, ultimi voluntati adscribi hæc conditio, ut
 » hæres a quo relinquatur *quid faciat vel non faciat*, quam-
 » vis ab ipso prorsus pendeat *an faciat nec ne*. Et hoc casu
 » non videtur ultima voluntas in *plenum ac merum ejus arbi-*
 » *trium* conferri. Neque enim *mere* pendet ab eo, an præsti-
 » turus sit quod ab ipso relictum est; cum non possit, nisi

(1) *Substitutions prohibées*, p. 343.

(2) Cette opinion est embrassée par M. Cotelle, *Thémis*, t. VI, p. 335, mais par d'autres raisons peu concluantes.

(3) V. Pothier, *Pand.*, t. II, p. 459, nos 52, 53, 54.

(4) *Loc. cit.*

» *faciendo aliquid, aut ab aliquo facto abstinendo*, hanc præ-
 » stationem vitare. Hinc, si ita legetur : hæres dare damnas
 » esto, si in Capitolium non ascenderit; utile legatum est,
 » quamvis in potestate ejus sit ascendere vel non ascen-
 » dere (1). »

132. En somme, nous estimons que la disposition *de eo quod supererit* doit être maintenue dans toutes ses parties et qu'elle ne rentre pas dans la prohibition du Code Napoléon (2). On n'y trouve ni les dangers naturels aux substitutions, ni les conditions requises pour constituer ce genre de disposition hostile à la liberté, au crédit et au mouvement de la propriété.

133. L'usufruit peut-il faire l'objet d'un fidéicommiss?

Sous l'ancienne législation, l'affirmative est expressément consacrée par les lois romaines. On peut consulter les lois 4 et 29, § 2, D., *Quib. modis usuf. amittitur*, et 29, D., *De usu et usuf. legato*. Il en résulte que l'usufruit légué à deux personnes, *ordine successivo*, ne s'éteint que par la mort de la dernière (5); qu'il passe de la première à la seconde; et que la volonté du testateur doit être respectée. Par exemple : Primus lègue à Secundus l'usufruit de tel immeuble, et il le charge de transmettre cet usufruit à Tertius, pour qu'ensuite et à la mort de Tertius, cet usufruit se consolide avec la propriété dans les mains de l'héritier légitime, Quartus. Au point de vue des lois romaines, un tel fidéicommiss n'est pas susceptible de critique, et l'ancien droit français n'y voyait pas non plus de difficulté (4).

(1) L. 3, D., *De legat.*, 2°.

(2) Voir la note de M. Bayle-Mouillard sur Grenier, t. I, p. 493.

(3) Doneau, *comm.* X., 47, n° 43; Brunemann sur la loi 29, D., *De usu et usuf.*; Favre, *Ration.* sur les lois 4 et 29, § 2, D., *Quib. modis usuf. amitt.* et *De errorib. pragmatic.*, 65, 2.

(4) Thévenot, no 417.

Mais qu'en sera-t-il sous le Code Napoléon ? La jurisprudence a pensé qu'il n'y avait pas de raison pour annuler cette disposition (1), et c'est cet avis qui doit être embrassé. En effet, où trouver la charge de conserver et de rendre qui est caractéristique de la substitution prohibée ? Est-ce Secundus qui doit conserver et rendre à Tertius ? Non. Le grevé ne peut pas conserver pour l'appelé ; il ne peut pas lui rendre un droit d'usufruit, qui lui échappe au moment de son décès, et qui périt avec sa vie (2). De qui donc Tertius tient-il son droit ? Il le tient de l'héritier légitime à qui l'usufruit fait retour, et qui le livre à Tertius en vertu du testament. Il est dès lors évident que l'on ne rencontre pas dans l'espèce la charge de conserver et de rendre : on n'y trouve pas l'ordre oblique qui est l'un des caractères des substitutions. Ce n'est pas par l'intermédiaire de Secundus que Tertius reçoit : il reçoit directement du défunt par la main de son héritier.

Ceci n'empêche pas de reconnaître qu'il peut être facile de déguiser une substitution prohibée au moyen de plusieurs legs successifs d'usufruit, qui rendraient la propriété illusoire pour l'héritier. Ce sera au juge à découvrir les subterfuges de la mauvaise foi et à en faire une sévère justice (3).

A cet égard, nous devons faire observer que dans l'ancien droit on pouvait stipuler l'usufruit *perpétuel* et transmissible aux héritiers, quoique cela répugnât à la nature de l'usufruit, qui finit par la mort ; et c'est en ce sens, dit Ricard, que les religieuses du Moncel étaient appelées dans la cou-

(1) Cassat., 4 nivôse an VIII. Paris, 26 mars 1813. Dalloz, *vo Substit.*, p. 489, 490. V. aussi M. Rolland de Villargues, n° 238. M. Proudhon, *Usufruit*, t. I, n° 446. M. Merlin, *Quest. de droit*, *vo Substit. fidéic.*, § 7. M. Dalloz, *vo Substit.*, p. 488. M. Grenier, *Observ. prélim.*, n° 12.

(2) *Infra*, art. 899, C. Nap., et n° 485.

(3) V. un jugement du Trib. de la Seine du 28 ventôse an XI, rapporté par M. Merlin, *Quest. de droit*, *vo Subst. fidéic.*, § 7, p. 53.

tume de Senlis (1) usufruitières de Poinpoint (2). Mais c'était là une extension que la faveur des fidéicommissaires avait fait admettre. Justinien paraît ne l'avoir pas approuvée dans la loi 14, C., *De usuf. et quemad. quis utatur* ; dans cette loi, comme dans le § 1 aux Instit. *De usuf.*, il annonce que l'usufruit ne doit pas toujours être séparé de la propriété, afin que celle-ci ne reste pas tout à fait inutile : *Ne tamen in universum inutiles essent proprietates, semper abscedente usufructu* ; en sorte que quelques jurisconsultes en avaient conclu que l'on ne pouvait pas léguer l'usufruit *in perpetuum*. Mais la faveur des fidéicommissaires l'avait emporté.

Il est inutile de dire que ces idées ont péri avec l'ancien droit et que toute disposition d'usufruit qui masquerait une substitution fidéicommissaire devrait être déclarée nulle, malgré de savants et ingénieux artifices.

154. Ce que nous venons de dire du legs successif d'usufruit doit être appliqué à un legs de rente viagère fait dans les mêmes conditions. En voici un exemple qui s'est présenté devant la cour de Paris. Thibou avait fait un testament ainsi conçu : Je donne et lègue à mon frère Charles-Lucien Thibou une rente viagère de 8,000 fr. sur l'État à § p. 100. Cette même rente viagère reviendra après sa mort à J. Petit-Collin, reconnu Thibou par mon frère ; puis, aux enfants de ce même J. Petit-Collin. En cas d'absence de ces derniers, ou après leur mort, le capital de la rente reviendra à mon neveu Chateaubourg ou à ses enfants.

Ce legs fut attaqué comme contenant une substitution prohibée de la rente viagère de 8,000 fr. Mais si l'on veut examiner sans préoccupation une telle disposition, on aperçoit qu'il y a simplement des legs successif de rente via-

(1) Art. 42.

(2) *Don mutuel*, n° 349.

gère à Charles-Lucien Thibou, à J. Petit-Collin et aux enfants de J. Petit-Collin, et un legs de la nue propriété à Chateaubourg ou à ses enfants. Le legs de la nue propriété à Chateaubourg est immédiat et actuel. On aurait pu l'inscrire tout de suite sur le grand-livre de la dette publique. C'est cette interprétation qui a été adoptée par arrêt de la cour de Paris du 24 février 1852, rendu sous ma présidence.

135. La prohibition d'aliéner forme-t-elle une substitution ?

Il faut répondre négativement à cette question ; car cette prohibition ajoutée à une institution est nulle et soi en ne forme qu'un précepte nu (*nudum præceptum*) qui ne lie point, qui ne donne d'action à personne (1), et dont on peut dire avec Papinien qu'il a été donné *obtentu consilii* (2). Cependant, suivant les lois romaines, il y avait fidéicommiss lorsqu'on défendait d'aliéner hors de sa famille (3). Mais c'était là une substitution purement conjecturale. On ne pourrait plus l'admettre aujourd'hui, d'après le principe : *Decidi oportet in ambiguis ut magis valeat quam pereat dispositio*. Comme dans le premier cas, cette prohibition ne présente qu'un précepte nu qui n'a rien d'obligatoire et qui par conséquent est réputé non écrit (art. 900 Code Napoléon) (4). Aucune sanction n'existe dans une telle clause ; aucune action n'est ouverte à des tiers certainement désignés pour en procurer l'exécution (5).

136. *Quid* si la prohibition n'était pas pure et simple, et

(1) L. 114, § 14, D., *De legat.*, 1^o, et 38, § 4, D., *De legat.*, 3^o. Pothier, *Pand.*, t. II, p. 364, no 437, a réuni les autres textes à ce relatifs.

(2) L. 77, § 24, D., *De legat.*, 2^o.

(3) L. 4, C., *De fideic.*

(4) M. Toullier, t. V, no 51. M. Rolland de Villargues, no 257.

(5) *Contra* M. Grenier, *Observ. prélim.*, no 7.

que le testateur eût dit, par exemple : « Je donne le fonds » Cornélien à Caius avec défense de l'aliéner à quelque titre » que ce soit, et s'il l'aliène il payera 600 fr. à mes héritiers » légitimes ? » Pour soutenir qu'il y a un fidéicommiss, on pourra dire qu'ici il n'est plus vrai que la prohibition d'aliéner soit un précepte nu ; que c'est au contraire une défense obligatoire, puisqu'en cas d'infraction le légataire est assujéti à une peine qu'il encourt de plein droit (1) ; que Caius se trouve donc chargé de conserver le fonds Cornélien, et après sa mort de le rendre intact à ses descendants ; qu'il y a dès lors ici une véritable substitution dans le sens de l'art. 896 ; qu'il serait inutile de dire que le Code n'admet pas les substitutions tacites et conjecturales, car ce n'est pas par conjecture que l'on arrive à cette interprétation de la volonté du testateur, c'est par l'explication rigoureuse et nécessaire de cette volonté ; c'est par les effets auxquels elle conduit indispensablement ; de sorte qu'on se trouve dans le cas dont parle Cujas : « *Lege opus est quæ introducat et » probet tacitam conditionem, vel re ipsa et evidentissima » voluntate contrahentium quæ eam inducat* (2). »

Malgré ces raisons, il faut dire que le testateur n'a pas fait une substitution prohibée. Quelle est, en effet, dans une substitution prohibée, la peine de la violation de l'inaliénabilité de la chose ? C'est une action réelle du substitué contre les tiers pour faire révoquer l'indue aliénation faite par le grevé et pour empêcher que la chose n'échappe aux liens de l'inaliénabilité. Dans notre espèce, je n'aperçois rien de pareil. Si Caius grevé vient à vendre, nulle action n'appartiendra à son héritier. La vente sera bien faite ; elle subsistera ; aucun droit n'existera contre les tiers, qui ne

(1) V. Toullier, t. VI, no 488.

(2) *Observat.*, lib. 25, c. 18.

pourront être inquiétés. Ce sont les seuls héritiers du testateur qui auront une action pénale contre Caius ou ses héritiers légitimes, pour le paiement de 600 fr. Et encore cette action devra-t-elle s'évanouir devant cette raison décisive, que la prohibition d'aliéner est contraire à la liberté et que les conditions de ce genre sont censées non écrites.

C'est ce qu'a très-bien jugé la cour de Paris par un arrêt du 11 mai 1852, dans une espèce où la testatrice, en instituant un sieur Williams de Blagny, avait ajouté : « Je veux » qu'il conserve ce que je lui laisse intact. C'est la raison » pour laquelle je mets pour condition expresse qu'il ne » vende pas la ferme de Cantelou, sous peine d'entrer en » partage avec qui de droit, comme si je n'avais pas fait de » disposition. »

La cour, en décidant que cette clause ne renfermait pas de substitution, jugea en même temps que la disposition n'était autre qu'une institution d'héritier avec condition de ne pas aliéner et avec une peine en cas de contravention; qu'une telle condition est contraire à l'ordre public et à la liberté, et doit être considérée comme non écrite d'après l'art. 900 du Code Napoléon (1).

157. Ce que nous venons de dire de la prohibition d'aliéner sert à résoudre la question de savoir si la prohibition de tester constitue une fidéicommiss. Il faut répondre que non dans tous les cas : car la défense de tester ne renferme pas la charge de conserver et de rendre, le légataire pouvant aliéner de toute autre manière que par testament (2). Seulement, une telle condition étant contraire à la liberté est considérée comme non écrite (3).

(1) Paris, 11 mai 1852, 1^{re} ch. (journal *le Droit*, 24 septembre 1852).

(2) Cassat., 4 mars 1832 (Dalloz, 32, 4, 118). M. Bayle-Mouillard sur Grenier, t. 1, p. 496.

(3) Paris, arrêt précité.

158. Voici une espèce curieuse et sortant des routes battues, dans laquelle un legs de libération était attaqué comme contenant une substitution prohibée (1).

M. de Custine avait inséré cette clause dans son testament du 8 octobre 1791 : « Il m'est dû par la maison de Pouilly » 61,000 fr. que je lègue à ma chère cousine, Madame de » Pouilly, ou à ses enfants, après la mort de ma fille (la dame » d'Absac), au cas qu'elle meure sans enfants. »

La somme était due originairement par M. et Mme de Pouilly, c'est-à-dire par Mme de Pouilly à qui le testateur la donne, et par son mari le comte de Pouilly, qui au moment du testament était décédé et représenté par ses enfants. On voit que ceux-ci sont gratifiés avec leur mère par M. de Custine. D'un autre côté, M. de Custine était mort en 1793; sa fille, Mme d'Absac, était morte aussi plus tard sans postérité, de sorte que la condition prévue par M. de Custine était arrivée.

Les héritiers d'Absac prétendaient que cette disposition était nulle comme contenant une substitution prohibée, et ils réclamèrent le paiement des 61,000 fr.

Un jugement du tribunal de Montmédy accueillit ce système et annula la clause du testament.

L'appel fut porté devant la cour de Nancy; il s'y présenta sous divers aspects qu'il est inutile de reproduire ici. Un seul rentre dans notre sujet et nous devons le faire ressortir, d'autant qu'il ne s'était pas engagé en première instance. C'était de savoir si un legs de libération, fait dans les conditions du testament de M. de Custine, ne répugnerait pas à l'essence d'une substitution prohibée.

Je présidais l'audience et mon esprit fut saisi tout d'abord de la gravité de cet aperçu. C'est pourquoi je dirigeai le

(1) Dalloz, 36, 4, 147.