

171. Il faut maintenant dire un mot des substitutions autorisées par la loi du 17 mai 1826. Cette loi ne contient qu'un article qui est ainsi conçu :

« Les biens dont il est permis de disposer aux termes des art. 913, 915, 916 du Code Napoléon, pourront être donnés en partie ou en tout, par acte entre-vifs ou testamentaire, avec la charge de les rendre à un ou plusieurs enfants du donataire, nés ou à naître, jusqu'au deuxième degré inclusivement. Seront observés, pour l'exécution de cette disposition, les art. 1051 et suiv. du Code Napoléon, jusques et y compris l'art. 1074. »

Cette loi due au ministère de M. de Villèle et ouvrage de M. de Peyronnet, se rattachait à un système qui avait pour but de modérer l'action démocratique du système du Code Napoléon sur les successions. Elle ne disposait cependant qu'avec réserve; car elle limitait à la portion disponible, seule, le droit de faire une substitution. Cette loi fit, dans le temps, une certaine sensation et excita plus de plaintes qu'elle ne méritait. Les mœurs publiques en étaient le meilleur correctif, et l'événement a prouvé combien de tels emprunts aux institutions du passé aristocratique de la France ont peu d'influence sur le mouvement démocratique de nos intérêts actuels. Les pères de famille ont fait peu d'usage de cette loi, et les substitutions ont à peine reparu. La loi du 7 mai 1849 en a du reste prononcé l'abrogation (1).

#### ARTICLE 897.

Sont exceptées des deux premiers paragraphes de l'article précédent les dispositions permises aux pères

(1) V. un arrêt de la cour de Paris du 23 août 1850; *Gaz. des Tribunaux*, n° du 14 août 1850.

et mères et aux frères et sœurs, au chapitre VI du présent titre.

#### SOMMAIRE.

172. Renvoi au commentaire des art. 1048 et suivants.

#### COMMENTAIRE.

172. On trouvera dans le commentaire des articles 1048 et suivants tout ce qui concerne ce genre de substitution.

#### ARTICLE 898.

La disposition par laquelle un tiers serait appelé à recueillir le don, l'hérédité ou le legs, dans le cas où le donataire, l'héritier institué ou le légataire, ne le recueillerait pas, ne sera pas regardée comme une substitution, et sera valable.

#### SOMMAIRE.

173. La substitution vulgaire n'est pas prohibée.

174. C'eût été porter atteinte à la liberté que de défendre une disposition aussi simple.

175. On distinguait autrefois cinq sortes de substitutions directes.

176. De la substitution vulgaire.

177. *Quid*, dans le cas où j'ai dit : « J'institue Sempronius, et je lui substitue Caius s'il ne veut pas accepter? » Serais-je sensé avoir voulu faire la même substitution au cas où Sempronius voulant accepter, est cependant incapable? — Controverses des auteurs.

178. Conséquence de l'acceptation du premier héritier. — Conséquence de son refus.

179. La substitution reprend-elle sa force, lorsque l'héritier mineur ayant accepté se fait restituer contre son acceptation?

180. Mais que doit-on décider dans le cas où l'institué est repoussé pour indignité? — Différence en droit romain, quant aux effets, entre l'indignité et l'incapacité.
181. De la substitution pupillaire. — Très-pratiquée dans les pays de droit écrit, elle n'était d'aucun usage dans les pays coutumiers. — Elle a été abrogée par le Code.
182. Il en est de même de la substitution exemplaire.
183. De la substitution bréviloque. — Elle se confond aujourd'hui avec la substitution vulgaire.
184. De la substitution compendieuse. — Elle ne peut plus valoir maintenant que comme substitution vulgaire.

## COMMENTAIRE.

173. Ce que l'art. 898 ne veut pas que l'on regarde comme une substitution, est précisément ce que les Romains appelaient du nom de substitution (1). Mais nous avons enseigné ci-dessus comment le sens de ce mot s'était modifié en passant dans le droit français, et comment l'usage l'avait particulièrement appliqué aux substitutions fidéicommissaires, qui étaient les plus fréquentes (2). Quoi qu'il en soit, l'art. 898, tout en restant fidèle à sa pensée, aurait pu adopter une formule plus savante que celle que nous avons sous les yeux. Il était assez inutile que le législateur vint déclarer qu'une substitution vulgaire n'est pas une substitution fidéicommissaire; tout le monde connaît depuis longtemps cette distinction; il lui suffisait de dire que la substitution vulgaire (que du reste il définit très-bien) n'est pas prohibée.

174. La substitution vulgaire est aussi appelée directe, par opposition à la substitution fidéicommissaire, et oblique, parce que, dans la première, le second appelé reçoit

(1) *Supra*, nos 90 et 111.

(2) *Ibid.*

directement, et sans intermédiaire, du testateur lui-même; tandis que dans la substitution fidéicommissaire, le second appelé ne reçoit que de seconde main, *obliquo modo*, et après que l'autre institué a reçu en premier ordre et a conservé (1). La première n'a aucun des inconvénients de la seconde; elle ne bouleverse pas l'ordre des successions; elle ne tient pas la propriété en suspens; elle ne la frappe pas d'inertie; elle n'est, comme le dit Accurse, qu'une seconde institution, *secunda institutio*, faite pour le cas où la première n'aurait pas lieu (2); c'est tout simplement une institution conditionnelle (3). Le Code aurait porté atteinte à la liberté, si, à cause du nom, il eût aveuglément défendu une disposition aussi simple et aussi prévoyante. Il a donc voulu qu'elle fût valable.

175. On distinguait autrefois cinq sortes de substitutions directes: la vulgaire (4), la pupillaire (5), l'exemplaire (6), la réciproque, la compendieuse. De ces cinq espèces de substitutions directes, le Code a maintenu la première dans toute sa latitude. Les deux dernières ne subsistent qu'avec de graves modifications; la pupillaire et l'exemplaire sont abrogées. C'est ce que nous allons expliquer.

176. La substitution vulgaire parfaitement définie par notre article, est celle qui subroge ou substitue quelqu'un au donataire, à l'héritier, au légataire, au cas que ce donataire, cet héritier, ce légataire ne puisse pas ou ne

(1) D'Aguesseau, 4<sup>e</sup> plaidoyer dans la cause du testament de l'abbé d'Orléans.

(2) Sous la rubrique du C., *De impuber. et aliis substit.*

(3) Trentacinius, *De substit.* (préf., n° 12). Hilliger sur Doneau, liv. 6, ch. 23, notes 1 et 3, et surtout Doneau, *loc. cit.*, nos 2, 3, 6.

(4) Justinien, *Instit.*, *De vulgari substit.* V. aussi le Dig., *De vulg. et pupill. substit.*

(5) Justinien, *Instit.* *De pupill. substit.* V. aussi Dig., *loc. cit.*

(6) Justinien, *Instit.*, *De pupill. substit.*, § 1.

veuille pas recueillir. On l'a appelée vulgaire (1) parce que de toutes les substitutions directes, elle était la plus ordinaire et la plus usuelle, et qu'elle pouvait se faire *vulgo*, c'est-à-dire par toute sorte de personnes, à la différence de la pupillaire et de l'exemplaire qui ne pouvaient se faire qu'entre certaines personnes. Telle est du moins la raison que les jurisconsultes ont coutume de donner de cette dénomination (2). D'autres ont prétendu que le nom de vulgaire lui avait été donné, *quia a vulgo non a lege inventa*, pour empêcher l'effet des lois caducaires (3). Je crois qu'il serait assez difficile de décider autrement que par des vraisemblances cette question d'étymologie. A ce point de vue je donnerais la préférence à la première opinion, et je repousserais sans hésiter la seconde; car je suis convaincu, avec Cujas, que la substitution vulgaire reposait sur l'autorité conférée au testateur par la loi des Douze Tables, et par conséquent elle était un acte du droit civil, un acte légal au plus haut degré (4).

177. On voit que la substitution vulgaire a lieu dans deux cas : 1° lorsque l'héritier institué ou le légataire ne veulent pas accepter, ce qui arrive lorsqu'ils répudient; 2° lorsqu'ils ne peuvent pas, ce qui arrive lorsque l'héritier meurt avant le testateur, ou lorsqu'il devient incapable, ou lorsque la condition de son institution vient à défaillir.

Sur quoi, les interprètes ont agité une question dans la décision de laquelle on trouve une grande diversité d'opinions, savoir : si le testateur faisant une substitution pour le

(1) L. 463, D., *De verb. signif.*

(2) Cujas sur la loi 463, D., *De verb. signif.* Doneau, *Comm.*, lib. 6, c. 23, n° 48.

(3) V. Hilliger sur Doneau, *loc. cit.*, qui rappelle ces étymologies.

(4) Cujas, *loc. cit.*, La loi des 12 Tables disait : *Dicat testator, et erit lex.*

premier cas, est censé avoir sous-entendu et prévu le second. Par exemple : « j'institue Sempronius et je lui substitue Caius s'il ne veut pas accepter. » Suis-je censé avoir voulu faire la même substitution au cas où Sempronius, voulant accepter, est cependant incapable? L'affirmative a été enseignée par de très-graves auteurs (1), et Mantica semble n'en pas faire un doute (2). Ils veulent que la vulgaire comprenne tout à la fois le cas de *deficientis voluntatis et potestatis*, suivant leur langage. Ils s'appuient sur cette raison, à savoir, que le testateur, en substituant vulgairement, a manifesté l'intention suffisante d'avoir un héritier de son choix, quelle que fût la cause qui fit défaillir le premier degré, car il est de l'intérêt du défunt d'avoir un héritier. Ils citent un nombre imposant de lois romaines (3), dans lesquelles le cas exprimé *extenditur ad casum non expressum, si tendat ad eamdem finem*. Cependant ces jurisconsultes conviennent qu'il ne pouvait en être ainsi, si la volonté du défunt était manifestement contraire, ainsi qu'on le voit dans un exemple prévu par la loi 101, D., *De condit. et demonst.* (4).

L'opinion contraire ne manque pas de défenseurs. Les principaux sont Vinnius (5), Fachinée (6) et Ricard (7). Ceux-ci s'appuient sur le principe que les conditions doivent être accomplies *stricté*, et sans équipollents; d'autant plus

(1) Voët *ad Pand.*, 28, 6, 42. Peregrinus, art. XI, n° 46. Doneau, *Comm.*, l. 6, c. 24, n° 22. Hilliger, note 40 et autres qu'il cite.

(2) *De conject. ultim. vol.* 5, 3, 43.

(3) L. 3, D., *De inofficioso testam.* L. 22, D., *ad S. C. Trebellianum.* L. 25, D., *De liberis et posthumis.* L. 3, C., *De instit. et cond.*

(4) Perezus sur le C., l. 6, t. 26, n° 3.

(5) *Quæst. selectæ.*

(6) *Controv.*, 4, 61.

(7) *Substit.*, n° 207.

que les conditions ne sont le plus souvent fondées que sur le caprice des testateurs.

A notre égard, nous croyons devoir nous ranger à la première opinion qui nous paraît seule véritable, et nous pensons qu'à moins d'une volonté contraire, la condition doit être entendue, dans l'espèce, *latius quam verba sonant* (1). C'est en effet le seul moyen de favoriser la volonté du défunt qui a clairement annoncé l'intention d'avoir un héritier de son choix, et c'est entrer dans sa pensée la plus vraisemblable que d'étendre le cas exprimé au cas non exprimé. Il n'est pas toujours vrai de dire que les conditions doivent être accomplies *stricte*. Les lois romaines nous offrent au contraire une foule de décisions où l'on voit les volontés des testateurs largement interprétées. Sans doute, les conditions doivent être exécutées *in forma specifica*, et elles ne peuvent être ordinairement suppléées par des équipollents. Mais il ne s'agit pas ici de savoir si l'on pourra remplacer par un équipollent la volonté clairement manifestée du testateur; il s'agit seulement d'interpréter cette volonté et de voir si elle répugne à une extension qui, quoique non exprimée, est cependant conforme à son esprit. D'ailleurs, le principe qui veut que la condition soit accomplie *in forma specifica* est soumis à des exceptions fondées sur la volonté du testateur, ainsi que l'enseignent tous les auteurs et notamment Furgole (2).

178. La substitution vulgaire s'évanouit nécessairement lorsque le premier héritier institué a accepté (3).

Par la raison contraire, elle se vérifie lorsque l'héritier institué refuse et répudie, ou s'il meurt, soit du vivant

(1) *Pand.* de Pothier, t. II, p. 478.

(2) T. II, ch. 7, sect. 5, n° 58.

(3) L. 5, C., *De impuber. et aliis substit.* Doneau, *Comm.*, 6, 24, nos 9 et 10. Mantica, *De conject. ultim. vol.*, 5, 6, 4.

testateur, soit après le décès du testateur sans avoir pu être héritier.

Mais que doit-on décider s'il meurt avant d'avoir fait acte d'héritier? La substitution sera-t-elle ouverte? Il faut répondre que non, car il suffit qu'il soit mort avec la qualité d'héritier. Peu importent les actes d'acceptation; il a transmis à ses héritiers le droit de faire adition; cela suffit. L'adition d'hérédité n'est pas nécessaire chez nous, comme elle l'était chez les Romains, pour l'héritier étranger. Tous nos héritiers sont *siens*. C'est ce que Doneau décide à l'égard des héritiers qui, dans le droit romain, transmettaient à leurs héritiers le droit d'accepter. Il dit que la substitution est éteinte (1), et c'est là le seul sentiment juridique.

179. On demande si la substitution reprend sa force quand l'héritier mineur, ayant accepté, se fait restituer contre son acceptation. Furgole (2) est d'avis de l'extinction de la substitution, nonobstant le principe contenu dans la loi 24, § 4, D., *De minor.* « *restitutio autem ita facienda est, ut unusquisque in integrum jus suum recipiat.* » Il se fonde sur la loi 7, § 10, D., *De minor.* (3), et sur la maxime *qui semel est hæres, non potest desinere esse hæres*. Car, dit-il, la restitution en entier n'empêche pas que l'héritier ne conserve cette qualité; elle n'opère d'autre effet que de libérer l'héritier des charges héréditaires.

Mais il faut dire sans hésiter que cette opinion n'est pas bonne, et tel est le sentiment de Doneau (4), d'Hilliger (5),

(1) VI, 24, 33.

(2) T. III, ch. 40, sect. 4, n° 7.

(3) *Pand.* de Pothier, t. I, p. 151, n° 6.

(4) *Comm.*, 6, 24, 19.

(5) *Sur Doneau*, note 9.

du président Favre (1) et de Fachinée (2), auquel il faut joindre M. Merlin (3). Voici pourquoi :

Et d'abord un texte important se présente pour démontrer que l'adition n'éteint pas irrévocablement et absolument le droit de substitution. C'est la nouvelle 1 de l'empereur Justinien (4). En effet, on voit par ce texte que la privation de l'hérédité qu'encourt l'institué, faute d'accomplir les dernières volontés du mourant dans l'année de son adition, fait ouverture au droit du substitué vulgairement. On comprend toute la force de l'argument qui se tire de ce texte; il en ressort une analogie décisive.

Ce n'est pas tout, et il est clair comme le jour que la restitution de l'héritier institué contre son acceptation, faisant revivre en faveur de l'héritier *ab intestat* un droit que l'acceptation avait éteint, il doit en être de même pour le substitué vulgairement.

Enfin la restitution met les choses au point où elles étaient avant l'acceptation, « *restitutio autem facienda est ut unusquisque in integrum jus suum recipiat.* »

180. Mais que doit-on décider si l'institué est repoussé pour indignité? D'après les principes de la législation romaine qui, comme nous le dirons plus bas (5), mettait une grande différence entre l'indigne et l'incapable, on décidait que lorsque l'indigne faisait adition de l'hérédité et que le fisc venait la lui enlever en punition de son indignité, le substitué s'étant trouvé, une fois exclu par l'adition de l'héritier, non pas incapable, mais indigne, ne pouvait rien réclamer au préjudice du fisc, et que son droit était éteint sans

(1) *Conject.*, l. 3, c. 4.

(2) *Controv.*, VII, 73.

(3) *Rép.*, v. *Substitution directe*, p. 50, 51.

(4) C. 1, § 1 et 3.

(5) N° 573.

qu'il pût revivre. C'est ce que porte la loi 15, D., de S. C. *Silariano* (1). Papinien, cité par Marcien, en donne cette raison que la peine de l'un ne doit pas servir de récompense à l'autre : « *Nam pœna illius, hujus præmium esse non debet* (2). »

Cette décision pourrait souffrir beaucoup de difficulté aujourd'hui que nous mettons peu de différence entre l'indignité et l'incapacité (3), et nous croyons que l'indignité de l'institué donne ouverture au droit du substitué vulgairement.

181. Parlons maintenant de la substitution pupillaire. La substitution pupillaire est celle par laquelle un père fait, dans son propre testament, le testament de son fils impubère et lui nomme des héritiers, en cas, qu'étant devenu *sui juris*, il meure avant d'avoir atteint l'âge de puberté (4).

Cette espèce de substitution, introduite par l'usage, avait pris son origine dans l'interprétation de la loi des 12 Tables. « *Uti pater familias legassit super familiæ pecuniæ suæ rei, ita jus esto.* » Les enfants soumis à cette puissance paternelle, qui ne connaissait aucune borne, étaient censés la chose du père, à peu près comme ses esclaves. D'où les jurisconsultes avaient conclu avec une logique irréprochable que le père pouvait donner par testament un héritier à ses enfants, au cas que, lui survivant, ils seraient surpris par la mort en état de pupillarité. C'était une prévoyance du père pour empêcher que ses fils ne mourussent *intestat* (5).

(1) Pothier, *Pand.*, t. II, p. 261, n° 49.

(2) Doneau, *Comm.* VI, 24. Hilliger sur Doneau, note 9. V. une dissertation de M. Demante dans la *Thémis* (1825).

(3) *Infra*, n° 573.

(4) Argument de ce que rapporte Cicéron, *Brutus*, C. 52, et *De oratore*, C. 39 et 67.

(5) Pothier, *Pandectes*, t. II, p. 207, n° 4.

Les pays de droit écrit, imbus des principes du droit romain et du préjugé sur la mort *ab intestat*, avaient admis cette exception au principe, *nemo potest alteri facere testamentum*, et la substitution pupillaire y était généralement pratiquée. Mais elle n'était d'aucun usage dans les pays coutumiers (1), où la puissance paternelle était moins exagérée et où l'on ne craignait pas le moins du monde la mort sans testament. Dans tous les cas, elle ne pouvait s'y soutenir que comme substitution fidéicommissaire.

Sous le Code Napoléon cette espèce de substitution est entièrement abrogée (2). Elle renverserait toutes les règles de notre droit moderne; et elle serait en outre une substitution fidéicommissaire déguisée (3).

182. Il en est de même de la substitution exemplaire. Elle était ainsi appelée, parce qu'elle avait été introduite à l'exemple de la pupillaire (4). C'est une disposition par laquelle le père ou la mère font le testament de leurs enfants pubères, qui sont fous ou imbéciles, pour le cas où ils décéderaient sans avoir recouvré leur bon sens. Admise dans les provinces soumises au droit romain (5), elle n'était pas d'usage en pays coutumier et ne pouvait valoir que comme fidéicommissaire. Aujourd'hui elle est abolie dans toute la France.

183. La substitution réciproque est celle qui est faite entre les héritiers institués et qui appelle les uns à défaut des autres, soit vulgairement, soit pupillairement, soit exemplairement, suivant les cas. On la nomme quelquefois du nom

(1) Ricard, *Des substitutions*, partie 1, n° 90.

(2) Loi du 17 nivôse an II, art. 61. Arrêts de Turin, de 1808 et de 1818, rapportés par Dalloz, t. XII, p. 155.

(3) *Supra*, n° 159.

(4) Instit. de Justinien, *De pupill. subst.*, § 4.

(5) Mantica, *De conj. ult. vol.*, 5, 16, 4 et suiv.

barbare de brévilogue. « *Adjiciunt tamen vulgo interpretes hæc duo (dit Doneau) : COMPENDIOSAM ET BREVILOQUAM. Sed revera, ut inaudita juris auctoribus, ita ET VERBIS INEPTA, et re supervacua (1).* »

Cette dénomination est en effet inutile, parce qu'elle ne crée pas un genre nouveau de substitution; elle ne fait qu'introduire un mot nouveau dont les jurisconsultes romains avaient su se passer. Doneau ajoute qu'elle est vicieuse et malhabile; car les mots *compendieux* et *brevilogue* présentent le même sens : *idem est*, dit Doneau, *loqui breviter, et loqui compendio sermonis*. Et cependant ces deux synonymes expriment des choses différentes, comme nous allons le voir.

Suivant les anciens principes enseignés par Bartole (2), la substitution réciproque comprenait la vulgaire, la pupillaire et l'exemplaire (3); d'où il suivait qu'elle produisait son effet, quel que fût le cas de l'une ou de l'autre de ces substitutions qui se présentât.

Ainsi, un père institue ses deux enfants impubères, et les substitue l'un à l'autre. Cette disposition vaudra non-seulement pour le cas où la vulgaire se vérifiant, l'un des enfants mourrait sans avoir recueilli, mais encore pour le cas de la pupillaire, c'est-à-dire si un des enfants, après avoir recueilli, mourait en état de pupillarité (4). C'est pour cela qu'on l'appelait *brévilogue*, parce que, sous une dénomination générale, elle comprend plusieurs espèces de substitutions (5).

Aujourd'hui, dans tous les cas, la substitution directe réciproque ne peut comprendre que le cas de la vulgaire, les

(1) *Comm.* VI, 23, 22. Hilliger sur le n° 21. Mantica, VII, 5, 4.

(2) Sur la l. 45, D., *De vulg.*, n° 46.

(3) Doneau, *Comm.* VI, 23, 24.

(4) Doneau, *loc. cit.*

(5) Hilliger sur Doneau, *loc. cit.*, n° 21.

deux autres ne subsistant plus et un testateur n'étant jamais censé avoir voulu faire ce que la loi lui défend.

184. Arrivons à la substitution appelée compendieuse. Nous avons déjà dit qu'on entend par substitution compendieuse celle qui se fait en termes généraux, et propres à comprendre toutes les espèces de substitutions directes et fidéicommissaires (1). On voit qu'elle diffère de la brévilogue en ce que celle-ci ne se réfère qu'aux différents genres des substitutions directes, au lieu que la compendieuse mêle la directe avec la fidéicommissaire (2).

Du reste, nous avons parlé plus haut de la substitution compendieuse (3); nous nous bornerons à rappeler ici que la compendieuse ne peut plus valoir maintenant que comme vulgaire, et que le testateur est même censé n'avoir songé à établir que ce dernier genre de substitution.

#### ARTICLE 899.

Il en sera de même de la disposition entre-vifs ou testamentaire par laquelle l'usufruit sera donné à l'un, et la nue propriété à l'autre.

#### SOMMAIRE.

185. On peut donner l'usufruit à l'un et la nue propriété à l'autre. Il n'y a pas là de substitution prohibée.  
186. Il n'est pas toujours facile de voir si le legs est de l'usufruit ou de la nue propriété. — Renvoi.

(1) Mantica, *De conjeet. ult.* vol., 5, 46, 46, d'après Bartole, et VII, 3, 45. Voy. l. 8, C., *De impub. et aliis subst.*  
(2) Merlin, *Rép.*, v° *Subst. directe*, § 5.  
(3) N° 449.

#### COMMENTAIRE.

185. C'est avec raison que le Code Napoléon ne considère pas comme substitution une disposition qui se borne à donner à l'un l'usufruit et à l'autre la propriété. Il faut en effet, pour constituer une substitution, qu'il y ait donation successive de la même chose. Ici le don porte sur l'usufruit et sur la propriété, qui sont deux choses différentes. La propriété n'est donnée qu'une fois à un individu qui tient son droit directement du disposant. Quant à l'usufruit, il est bien vrai qu'avant d'arriver au donataire de la propriété, il passe sur la tête d'une personne intermédiaire. Mais nous avons vu ci-dessus (1) que le donataire de la nue propriété ne reçoit pas cet usufruit de la main du donataire de l'usufruit: condition essentielle cependant pour constituer un fidéicommissaire. Comment le donataire de l'usufruit pourrait-il rendre une chose qui lui échappe par la puissance de la loi, lorsque le moment de rendre est arrivé?

186. Lorsqu'il se présentera une disposition du genre de celle qui nous occupe, il faudra examiner avec soin si elle constitue une donation de l'usufruit au premier donataire, ou au contraire une donation de la propriété. La distinction n'est pas toujours facile. Nous y reviendrons plus bas (2), quand nous nous occuperons du legs d'usufruit.

#### ARTICLE 900.

Dans toute disposition entre-vifs ou testamentaire, les conditions impossibles, celles qui seront contraires aux lois ou aux mœurs, seront réputées non écrites.

(1) N° 433.

(2) N° 4909.