

# THE MCGILL LAW JOURNAL

---

VOLUME 3

SPRING 1957

NUMBER 2

---

## ESSAI CRITIQUE SUR LA SUBSTITUTION FIDEICOMMISSAIRE EN DROIT QUÉBÉCOIS

Louis Baudouin\*

### INTRODUCTION

Le caractère apparemment conservateur que l'on attribue généralement au code de Québec est sans doute assez vrai en général, mais il ne doit pas cependant faire perdre de vue que ce code, par certains aspects, est plutôt révolutionnaire par rapport aux traditions dont par ailleurs il se targue; ainsi en est-il de la suppression en droit québécois de l'institution de la Réserve que le code français, pourtant taxé de révolutionnaire, a su si intelligemment conserver. La liberté illimitée de tester inscrite à l'article 831 du code civil de Québec a sans doute servi de monnaie d'échange à l'acquisition de certains autres droits lors de la passation de l'Acte de Québec, mais il est hors de doute que l'absence de réserve dans une province aussi conservatrice choque quelque peu, même si les abus de la liberté de tester ne sont guère fréquents dans la pratique, ce qui est tout à l'honneur du sens familial de l'habitant de cette province.

Par contre, parmi les institutions traditionnelles jalousement conservées dans ce code, il en est une, la substitution fidéicommissaire, dont la légitimité au point de vue juridique économique et sociale apparaît des plus contestable. Le maintien de cette institution qui permet à toute personne capable de transmettre son patrimoine, en tout ou en partie, par donation entre vifs ordinaire, par contrat de mariage ou testament, ou encore sous le déguisement d'une prohibition d'aliéner à une autre personne appelée grevée, à charge par elle de rendre les biens, généralement à son décès ou à une autre période prévue dans l'acte constitutif, à une troisième personne l'appelée, a été fortement et vigoureusement attaqué par d'éminents juristes de cette province.

En 1935, Me. Venne avocat au Barreau de Montréal<sup>1</sup> s'attaquait de front au maintien de cette institution. En 1942 l'hon. Juge Thibeaudeau Rinfret,

---

\*Professeur à la Faculté de Droit à l'Université McGill.

<sup>1</sup>P. C. Venne, *Les substitutions en France et dans la Province de Québec*, dans le *Livre du Souvenir des Journées de droit français*, (1936) p. 227.

de son côté, demandait la suppression de la substitution du code de Québec.<sup>2</sup>

L'un et l'autre, par des arguments d'ordre historique, estimaient à juste titre que ce droit des substitutions était, par son mécanisme même, contraire au principe de la liberté de disposer de son droit de propriété, antiéconomique, puisqu'il immobilise des biens pendant au moins trois générations, qu'il porte ainsi atteinte au crédit et aux affaires, qu'enfin il n'exprime qu'un sentiment de vanité chez un peuple chez qui il n'existe pas de noblesse à maintenir. Me. Venne écrivait: "il n'y a pas de plus grand obstacle pour un jeune, que d'être né, comme disent les Anglais, avec une cuiller d'argent dans la bouche . . . est-ce que l'air que nous respirons fouette le sang des pauvres et endort les riches?"

"Nous formulons le vœu qu'à l'instar de tous les autres pays, la Législature de Québec fasse enfin disparaître de notre code civil cette institution compliquée, aux avantages problématiques et discutables, dont les inconvénients sont prépondérants et constituent une entrave de tous les instants."<sup>3</sup>

A l'heure où une Commission de Réforme du code civil présidée par l'hon. Thibeau Rinfret se propose de procéder à une refonte de ce code, n'est-il pas utile de préciser, en en faisant une analyse aussi complète que possible, ce que ce haut magistrat avait énoncé et esquissé dans ce discours prononcé il y a maintenant quinze ans. Le problème n'a rien perdu de son actualité, bien au contraire. Toute la jurisprudence qui s'est greffée autour des textes de la substitution montre, avec éclat, combien les obscurités de cette notion juridique n'ont fait que s'accroître. Loin d'être une institution d'apaisement au sein des familles, la substitution s'est révélée, avec le temps, une source de discorde familiale.

On peut se demander si le rapport des Codificateurs est susceptible de jeter quelque lumière en faveur des conclusions émises par ces deux juristes.

Les Codificateurs ont, à maintes reprises, souligné que s'ils prenaient le Code Napoléon comme modèle, ils n'entendaient pas le copier servilement. Ils ont en général, à vrai dire, su faire leur profit des critiques adressées en France même au Code Napoléon. Par contre, en ce qui concerne les substitutions, il n'en a rien été. Les Codificateurs ont sans doute pour excuse le fait qu'ils avaient pour mission de codifier le droit en vigueur au Bas Canada à la veille de la Codification. Les substitutions étaient du nombre des institutions encore pratiquées.

Le rapport fait allusion directement à la situation française et souligne que dans le nouveau droit français . . . "les substitutions dont le Code évite le nom par égard pour les idées du temps, y sont cependant admises, mais avec de grandes restrictions quant à l'étendue des biens, aux personnes ainsi gratifiées, et à la durée."

---

<sup>2</sup>*Contre la substitution fidéicommissaire*, (1942) R. du B. p. 273.

<sup>3</sup>Hon. Thibeau Rinfret, *op. cit.*, p. 284.

Que l'aspect politique du problème en France n'ait pas incité les Codificateurs québécois à suivre le sillage français, on le conçoit. Les Canadiens-français ont toujours reproché à la France sa Révolution et aux Français de les avoir abandonnés sans laisser au pays de vraie noblesse. Or on sait que les substitutions dans l'ancienne France et avant la Révolution française servaient à perpétuer une noblesse déjà en décadence. Le Code Napoléon n'a admis la substitution que dans des cas extrêmement limités.

Sentant pourtant que le principe de la liberté illimitée de tester, était un danger qui mettait hors du commerce la propriété foncière, les Codificateurs auraient pu pour ce seul motif rejeter la substitution qui heurte de front la liberté de disposer de son droit de propriété. Ils n'ont pas voulu aller jusque là, et se sont contentés d'interdire les substitutions au-delà de deux degrés, non compris le substituant (art. 932 C. civ.). Ils se sont contenté de souligner que, s'il y a une sorte d'assimilation à faire d'après leur finalité respective entre les biens de main morte et les substitutions faites dans les familles, il leur semblait juste alors de proposer "que l'on applique les revenus à l'achat de propriétés foncières ou pour un très long terme pour les fins du testament." C'est là véritablement une solution insuffisante.

Ce flottement manifeste des idées des Codificateurs autour de la substitution et de la liberté testamentaire, prouve indirectement que même dans leur esprit, le maintien de la substitution était au moins douteux.

Les obscurités propres à la substitution qui fait échec au droit de disposer librement de sa propriété, impose un ordre de succession, dont chaque cas constitue une espèce particulière telle qu'il est difficile d'en dégager un principe, qui laisse planer les plus grandes incertitudes sur l'interprétation de la volonté de l'auteur de la substitution, sont loin de plaider en faveur du maintien de cette institution.

C'est cet ensemble de points douteux ou de solutions néfastes juridiquement, économiquement et socialement, que nous voudrions mettre en vedette ici même.

Il s'agit d'examiner dans une première partie le rôle et le domaine de la volonté du constituant. Libre de créer cette substitution, encouragé à le faire par de nombreux textes, il n'en demeure pas moins que l'éclosion et les manifestations de la volonté du constituant sont le plus souvent difficiles à déceler et à fixer. Il existe bien des lignes fuyantes d'interprétation qui ne sont pas des atouts favorables au maintien de la substitution. Par ailleurs, et en vertu des textes du Code civil, le grevé et l'appelé peuvent se trouver en concours sur les biens frappés de substitution, avant même que celle-ci ne soit ouverte au profit du seul appelé.

En effet, l'art. 944 donne au grevé avant l'ouverture de la substitution le droit, comme propriétaire, d'aliéner ou d'hypothéquer par exemple; l'art. 956 de son côté donne pendant cette même période à l'appelé lui-même des droits identiques. Cette dislocation du droit de propriété véritable situation en

porte à faux est éminemment préjudiciable aux intérêts des tiers. Elle fera l'objet de notre deuxième partie.

La conclusion générale se propose de mettre en lumière les inconvénients d'ordre économique, juridique et social qui s'attachent au maintien de la substitution. Les problèmes de droit en effet, ne sont pas que de pures données de l'esprit, ils ont des affinités considérables avec la vie économique et sociale dans laquelle ils puisent, ou devraient puiser parfois des éléments de régénération ou tout au moins un sens d'adaptation aux nécessités du monde moderne.

#### 1ère Partie.

### ROLE ET DOMAINE DE LA VOLONTE DU SUBSTITUANT. LIGNES FUYANTES D'INTERPRETATION DE VOLONTE.

"La substitution s'est introduite en flattant l'homme de la perpétuité de sa mémoire, en lui donnant une espèce d'empire sur plusieurs générations successives; par là, il s'est formé comme un nouveau genre de succession, où la volonté de l'homme a pris la place de la disposition de la loi, volonté souvent plus politique que judiciaire, plus nuisible que salutaire, et presque toujours incertaine dans sa fin et dans son objet qui a répandu beaucoup d'obscurité sur cette matière."  
Bourjon "*Des substitutions*" Vol. 2, p. 154.

#### 1°) *Les formes préconstituées.*

Le droit de disposer de sa propriété par voie de substitution vulgaire ou fidéicommissaire est énoncé en termes exprès aux art. 925 à 927. Le Code donne même des définitions des deux substitutions.

La substitution vulgaire est celle par laquelle "une personne est appelée à la disposition pour le cas où elle est sans effet quant à la personne avantagée en premier lieu." Il n'y a dans cette espèce qu'une seule libéralité.

La substitution fidéicommissaire au contraire, comporte deux libéralités. Celui qui reçoit (le grevé) est chargé de rendre à son décès, ou à tout autre temps, à un tiers nommé l'appelé. Le grevé peut être un donataire ou un légataire. L'obligation qui lui est imposée de rendre ultérieurement à l'appelé les biens objets de la substitution, indique que cet appelé reçoit une seconde libéralité, non pas du grevé lui-même qui n'a servi que d'intermédiaire, mais du premier donateur ou testateur.

La substitution fidéicommissaire se caractérise donc par l'existence de deux libéralités, d'un ordre de succession et d'un trait de temps qui échelonne le transport des deux libéralités. Un père fait une libéralité à son fils à charge par ce dernier de rendre après sa mort les biens substitués à ses propres enfants.

Ainsi donc l'auteur de la substitution établit véritablement à l'égard de la masse substituée un ordre de succession dans la propre succession du grevé. Celui-ci n'est donc pas libre de disposer des biens frappés de substitution au profit de qui il voudra, à moins que ce choix ne lui ait été expressément réservé dans l'acte constitutif même. Le grevé a donc charge de rendre (art. 927 C. Civ.). S'il y a plusieurs degrés dans la substitution, laquelle ne peut

en tout excéder deux degrés, non compris le substituant, l'appelé qui recueille à charge de rendre se trouve être en droit un véritable grevé.

La loi a permis la création de la substitution fidéicommissaire soit par donation entre vifs ordinaire ou par contrat de mariage, soit par donation à cause de mort, soit par testament, soit par une clause de prohibition d'aliéner, forme indirecte de création de substitution. Cette variété d'éléments formels contraste avec l'Ancien Droit qui ne permettait de substitution que par des actes de dernière volonté. Le Code prémunit actuellement le substituant de toutes armes possibles pour lui permettre de réaliser son dessin. Insérée dans un contrat de mariage, la substitution bénéficie des garanties qui s'attachent aux donations faites par contrat de mariage, elle devient notamment irrévocable suivant l'art. 930.

Les substitutions créées par voie de donations entre vifs ordinaires obéissent aux règles de fond sur la capacité en matière de donation. Comme l'écrit Mignault:<sup>4</sup> "Il n'y a qu'à suivre les principes qui règlent la capacité pour l'acte particulier par lequel la substitution se fait." S'il s'agit d'un testament créant la substitution on applique les règles de validité et de capacité en matière testamentaire. Il faut signaler cependant cette différence que, si en matière de donation il faut l'acceptation du vivant du donataire (sauf pour la donation par contrat de mariage), le consentement de l'appelé n'est pas nécessaire; l'appelé en effet peut n'être ni né ni même conçu lors de la constitution de la substitution. Sa capacité s'appréciera lors de l'ouverture de la substitution.

La nature même de l'acte qui renferme la substitution soulève des problèmes délicats.

S'il est admis en effet que toute substitution faite par testament demeure révocable par le testateur parce que la nature même de tout testament y invite, par contre, le problème de l'irrévocabilité des substitutions créées par donation, a soulevé, malgré le texte de l'art. 930, bien des difficultés au sein de la jurisprudence. Celle-ci, bien que n'ayant plus qu'un intérêt historique, ne doit pas être négligée.

L'art. 930 constitue pour partie un droit nouveau. Il a mis fin apparemment à une controverse qui existait dans l'Ancien Droit. A cette époque en effet les auteurs spécialistes de la substitution tels que Thévenot d'Essaules,<sup>5</sup> Ricard,<sup>6</sup> Pothier,<sup>7</sup> ne professaient pas au point de vue doctrinal une unité de vue complète touchant la révocabilité ou l'irrévocabilité des substitutions créées par donations entre-vifs ordinaires. Les Codificateurs y ont fait directement allusion dans leur rapport: "L'art. 181 (930) concerne la révocabilité et l'acceptation entre vifs; mais comme les auteurs paraissaient faire quelque

---

<sup>4</sup>Mignault, *Droit civil canadien*, Vol. 5, p. 16.

<sup>5</sup>No. 1132 à 1141.

<sup>6</sup>*Substitution*, Partie 1ère: No. 110 et suivants.

<sup>7</sup>*Substitutions*, No. 10.

différence quant à l'acceptation entre vifs postérieurs à l'acte, entre la donation ordinaire et les substitutions, l'art. 181a (art. 930 C. civ. par. 3) est proposé en amendement pour soumettre à une même règle des sujets qui ne doivent pas différer."

Antérieurement aux Ordonnances de 1731 et de 1747, on admettait, sous l'influence du droit romain, que les substitutions créées par donations entre vifs étaient révocables par la volonté "nue" du substituant, pourvu que l'intention de révoquer fut "constante".<sup>8</sup> C'était affirmer le principe d'unité dans le domaine de la révocabilité en matière de donations comme en matière testamentaire. Toutefois cette révocation n'était permise qu'autant que le substitué n'avait pas encore un droit formé et acquis par l'ouverture de la substitution. Cette réserve est inscrite en toutes lettres dans l'art. 930 par. 2.

Thévenot d'Essaules note alors que le droit avait changé par l'Ordonnance de 1731<sup>9</sup> aux termes de laquelle la substitution apposée à une donation entre vifs "vaudrait en faveur du substitué par la seule acceptation du donataire." Cet auteur ajoutait "en cela, nos fidéicommiss par donations entre vifs tiennent de la nature du contrat par lequel ils sont faits . . . il n'y a donc plus que les fidéicommiss par testament qui soient révocables à la volonté du substituant."

Ricard<sup>10</sup> introduisait une note plus subtile dans ce domaine. Tout en admettant le principe de révocabilité de la substitution faite par donation il ajoutait: "Ce que je viens de dire, que la substitution était révocable par le donateur, doit s'entendre en cas que le donataire avec lequel la substitution a été faite n'y soit pas intéressé, et qu'elle soit faite au profit d'une personne qui lui soit indifférente; car, s'il y prenait quelque sorte d'intérêt, comme si le substitué était l'un de ses enfants, pour lors, comme ce serait l'effet d'une stipulation réciproque, et que le donataire n'aurait accepté que sous cette condition qui lui est avantageuse, il n'y a pas de difficultés que le donateur n'y pourrait déroger sans sa participation, et que la substitution ne pourrait pas être détruite sans le concours de volontés de l'un et de l'autre."

Pour Pothier, l'art. 11 de l'Ordonnance sur les substitutions s'explique<sup>11</sup> par une idée de quasi-contrat. Il s'agit d'un quasi-contrat "que la loi forme entre le donataire et le substitué qui produit l'engagement qui oblige le donataire envers ce dernier . . . l'engagement du donataire non envers le donateur, mais envers le substitué quoiqu'il n'ait pas encore acquis un droit formé au substitué, la condition sous laquelle il a été contracté n'étant pas encore échue, ne peut être détruite que par la volonté du substitué, et non

<sup>8</sup>*Nuda voluntatis fideicommissa infirmantur*. L. 18 ff. de legat. 3<sup>o</sup>ment.

<sup>9</sup>No. 1136.

<sup>10</sup>No. 1138.

<sup>11</sup>Art. 11 de l'Ordonnance, "les substitutions faites par donations bien et dûment acceptées ne pourront être révoquées ni les clauses d'icelles changées, augmentées ou diminuées par aucune convention ou disposition postérieures même du consentement du donataire."

par celle du donateur qui n'est pas celui envers qui l'engagement est contracté."

Cette notion "d'intérêt" ou de "non indifférence" que le grevé peut avoir à l'égard d'une substitution créée au profit de ses propres enfants, s'est transformée dans l'art. 930 C. civ., en une présomption d'acceptation des appelés par le grevé, toutes les fois précisément que ce dernier est le père ou la mère des appelés en question. C'est marquer très nettement le désir de favoriser l'existence et le maintien d'une substitution dans l'intérêt des membres de la famille du grevé. On rehausse indirectement la substitution créée par donation ordinaire au régime d'irrévocabilité propre aux substitutions créées dans un contrat de mariage. La faveur qui s'attache à l'établissement de la famille reprend ainsi son empire.

Les difficultés d'interprétation de l'article 930 auraient été en quelque sorte facilement surmontées en jurisprudence si l'on n'avait pas soulevé à ce propos la question préjudicielle de la validité des ordonnances françaises dans le Bas-Canada par suite de leur non-enregistrement au greffe du Conseil Supérieur de Québec. Jusqu'à la décision *Meloche v. Simpson* portée en Cour Suprême, la jurisprudence se prononçait en faveur de la révocabilité des substitutions créées par donation entre vifs ordinaires. Depuis cette décision le principe est que même à l'égard d'une substitution créée avant le code (en l'espèce en 1832) il faut appliquer l'ordonnance française sur les substitutions qui déclare irrévocable toute substitution acceptée par les père et mère des appelés.<sup>12</sup> La Cour Suprême déclara par la voix de l'hon. Juge Taschereau qu'avant l'époque de la codification québécoise une telle donation dûment acceptée par le grevé n'était pas révocable; que les dispositions de l'article 930 n'avaient fait qu'entériner la doctrine de l'ancien droit. A l'appui de cette démonstration l'hon. Juge faisait valoir tout d'abord que la donation en jeu au procès était, par sa finalité même, destinée à permettre la création d'un patrimoine familial qui ne peut rester, une fois créée, à la merci du donateur.<sup>13</sup>

---

<sup>12</sup>(1898-1899) 29 S.C.R. 375. En 1832 Meloche et sa femme avaient fait donation à leur fils de certains biens. Le fils était alors célibataire. Il accepte la donation pour lui-même et ses héritiers, étant stipulé que le donataire aurait un droit d'usufruit viager à charge de rendre la propriété à ses enfants mâles ou à l'un d'entre eux à son choix, les donateurs se dépouillant de leur droit de propriété en faveur de leurs petits-enfants. Le fils se marie. En 1850 lui et son père, d'un commun accord, révoquent la donation avec substitution et y substituent une donation en pleine propriété au fils. Celui-ci vend ultérieurement les biens à Sir G. Simpson. A la mort de leur père les enfants du fils Meloche attaquent cette vente et en demandent la nullité, car il y avait eu substitution en leur faveur, dûment acceptée par leurs pères. La Cour suprême a fait droit à leur demande.

<sup>13</sup>Au sujet de l'article 930 l'hon. Juge soulevait la question de savoir si les codificateurs avaient eu l'intention de rédiger cet article suivant les données de l'ancien droit: "But I do not see that there can be the least room for doubt about it. They were specially required by Vict. 29. Ch. 41 to carefully distinguish in the code, as it was to be printed for promulgation, the new law from the old law. In conformity with that enactment they

"Would the law be reasonable if on one hand it allowed (art. 783 cc) as it unmistakably does, donation by way of substitution to children not yet born, yet on the other hand it left them, as contended for by the respondent, at the mercy of the grantor. It is for the protection of unborn children and of future generations and to protect and allow of the creation of family estates that such substitutions, by deed inter vivos, are authorized and favoured by the law; it is for that purpose, and because of their nature, that they must be deemed to be irrevocable by the donor".<sup>14</sup>

L'autre argument consistait à dire qu'il serait déraisonnable d'admettre qu'une substitution créée par contrat de mariage au profit des petits-enfants nés ou à naître soit irrévocable alors que, créée par donation ordinaire, bien qu'au profit des mêmes catégories de personnes elle pourrait être révocable, à cause de cette seule différence de forme.<sup>15</sup>

Malgré cette décision, la jurisprudence ne présente pas cependant un caractère d'unité. On peut citer à l'encontre de l'arrêt de la Cour Suprême, la décision de la Cour du Banc du Roi dans l'affaire *Proulx et al. v. Le Blanc*.<sup>16</sup> Cette décision estime que, sous l'empire de la législation antérieure au code civil, une substitution créée par donation entre-vifs en faveur des enfants du grevé est révocable du consentement mutuel des donateur et donataire nonobstant l'acceptation antérieure de ce dernier. La disposition contraire du paragraphe 4 de l'article 930 en est une de droit nouveau bien qu'elle n'ait pas été insérée entre crochets. L'argument principal repose dans cette décision sur la différence de rédaction entre la version française et la version anglaise de cet article. En effet dans la version française on vise expressément l'acceptation "des père et mère", alors que dans la version anglaise on vise simplement l'acceptation du "grevé" sans préciser s'il s'agit du père ou de la

---

reported that in the edition so officially printed they had inserted the new law between brackets, and the irrevocability of substitution in favour of the children of the institute is not between brackets." (p. 385).

<sup>14</sup>*Ibid.* p. 389.

<sup>15</sup>"It is undoubted law that a substitution made in a contract of marriage is irrevocable (art. 772, 930, 1257 C. civ.). That is so upon the principle that marriage and procreation should be favoured and encouraged . . . now here, the substitution though not contained in a contract of marriage was nevertheless evidently stipulated in view of the donee's marriage . . . is it not reasonable to apply the rule *ubi eadem ratio ibi idem jus*, and give the benefit of the doubt if any doubt remained, to a substitution evidently created in favour of marriage" (p. 391.).

<sup>16</sup>(1917) 27 B.R. 103. Nous ne partageons pas entièrement l'avis de l'hon. Juge Archambault en ce qui concerne l'appréciation de l'arrêt *Meloche v. Simpson* lorsqu'il écrit, "En lisant le rapport de la Cour Suprême on constate qu'on s'est beaucoup plus préoccupé de l'étude de la question au point de vue de l'Ancien Droit que de l'interprétation à donner à l'article 930 lui-même; il semble qu'elle a pris pour acquit sans discussion que cet article déclarait irrévocable une substitution comme celle qui nous occupe". Tout d'abord on peut faire remarquer que précisément la question primordiale était celle de l'Ancien Droit, et ensuite que l'hon. Juge Tarchereau fait une excellente démonstration qui est loin d'exclure toute discussion du problème.



mère. Comme devait le déclarer un des juges, "Si l'on doit s'en rapporter à la version française on peut dire avec beaucoup d'autorité que la donation dont il s'agit n'a pas été faite par le père et la mère en faveur de leurs enfants nés et à naître . . . le donataire dans l'espèce n'était pas encore père puisque la donation a été faite avant son mariage. Les appelés n'étaient pas non plus nés et à naître puisque aucun d'eux n'était encore né. La substitution serait donc révocable en vertu de la règle générale . . . au contraire d'après la version anglaise, tout plaide en faveur de l'irrévocabilité". C'est sans doute là une démonstration extrêmement logique mais qui semble perdre de vue que l'essentiel est surtout la finalité de la substitution elle-même.

C'est dans le sens de l'arrêt *Meloche v. Simpson* que s'est prononcé la cour supérieure dans l'affaire *Dame Goyer v. Lemaire* où il s'agissait de l'acceptation de la mère grevée de substitution pour ses enfants.<sup>17</sup>

*Les lignes fuyantes de l'interprétation de la volonté du substituant quant à la création de la substitution, à la désignation des appelés et à l'étendue de la masse, objet de la substitution.*

En dehors de cette question des formes préconstituées nécessaires à la création de la substitution, la loi a laissé libre cours à la volonté du substituant pour poser les conditions auxquelles la substitution était soumise, nommer directement ou indirectement les appelés et délimiter le contenu même de la masse frappée de substitution. Il suffit pour s'en convaincre d'énumérer les articles du code civil qui, dans chacun de ces domaines, illustrent cette constatation.

L'article 937 C. civ. pose le principe de la non-représentation dans les substitutions, "à moins que le testateur n'ait ordonné que les biens seraient déférés suivant l'ordre des successions légitimes ou que son intention au même effet ne soit autrement manifestée". L'article 931 permet au substituant de soustraire dans les limites de sa volonté les meubles corporels à la nécessité de la vente publique; l'article 935 lui laisse le droit de se réserver de déterminer les proportions entre les appelés; il peut fixer toute autre époque d'ouverture que le décès du grevé (art. 961 et 963 C. civ.). Il peut aussi faire une substitution après coup (art. 935 C. civ.). Enfin, en décidant qu'une personne peut stipuler une prohibition d'aliéner confirmative ou créatrice d'une substitution, l'article 975 laisse à la volonté du disposant le soin de modifier, s'il le veut, l'étendue de cette prohibition.

Ainsi donc, au point de départ même, c'est tout le problème de l'interprétation de la volonté du substituant qui est en jeu. Dans quelle mesure celui-ci, aux termes de l'acte litigieux a-t-il entendu créer une substitution? S'il emploie le terme "usufruit", doit-on considérer que, malgré cette expression, c'est d'une substitution qu'il s'agit? Est-il nécessaire pour qu'il y ait substitution, que celle-ci soit faite en termes sacramentels? S'il n'en est pas ainsi

---

<sup>17</sup>[1944] S. C. 101.

peut-on tirer des circonstances de l'acte constitutif ou de l'ensemble des dispositions de cet acte des présomptions ou certitudes inéluctables quant aux bénéficiaires appelés? Si le substituant parle de descendants, de sa famille, ses expressions à forme collectives ont-elles un sens large ou étroit?

Nous entrons sur tous ces points dans le brouillard de l'interprétation que la jurisprudence s'est efforcée d'éclaircir, sans cependant y réussir complètement, tant est grande la mobilité de la volonté humaine surtout dans ce domaine.

#### a) *Création d'une Substitution*

Le premier problème qui se pose est celui de savoir si la qualification donnée par l'acte à la volonté du disposant constitue ou non une substitution. L'étude de la jurisprudence qui s'appuie tantôt sur un raisonnement par analogie, tantôt sur les circonstances suivant lesquelles l'acte litigieux a été dressé, est parvenue semble-t-il à opérer une gradation dans la loi d'interprétation de volonté. Elle s'échelonne du principe de la non-exigence de l'emploi de termes sacramentels, à l'établissement de tout un réseau de présomptions favorables à l'admission d'une substitution.

Il importe de rechercher, au moins dans ses grandes lignes, comment cette jurisprudence a pu se façonner au contact de la vie pratique et spécialement dans le domaine du droit notarial.

Dans son ensemble, la jurisprudence a eu l'occasion de fixer le premier point, à savoir que la substitution n'a pas besoin d'être établie en termes sacramentels.<sup>18</sup> Rien en effet dans les textes du code civil n'impose, directement ou indirectement, pareille exigence. S'il a plu aux codificateurs de donner des définitions de la substitution et des éléments qui la composent, ce n'était que pour fixer une terminologie légale destinée à éviter des imprécisions fâcheuses. Mais on ne saurait inférer de là que seuls les actes comportant le terme substitution ou les termes grevés ou appelés soient susceptibles de permettre de déceler l'existence d'une substitution. Quelles que soient les termes employés à l'acte, ce sont au fond des dispositions de l'acte qui décideront de l'existence ou de la non-existence de cette substitution.

Lors donc qu'un acte contient dans ses stipulations deux libéralités, un ordre successif et un trait de temps, il y aura substitution. C'est là ce que certaines décisions soulignent avec force. Ce sont par exemple deux époux qui, par contrat de mariage, se font donation réciproque au profit du survivant d'entre eux. Le survivant jouira sa vie durant de l'usufruit seulement des dits biens. et devra, à son décès, faire retour de ces biens à ses héritiers légitimes.<sup>19</sup>

Dans la pratique que le code reflète à l'article 928, c'est surtout à propos de l'emploi du terme "usufruit" que les difficultés se sont élevées pour savoir

<sup>18</sup>*Papineau v. H. B. David*, (1920) 57 S.C. 51; *Roy v. Gauvin*, (1873) 14 R.L. 270; *Henri Joseph v. F. Castonguay*, [1859] L.C.J. 141; *Houde v. Marchand*, (1912) 18 R.L.N.S. 256.

<sup>19</sup>*Defoy v. Pepin*, [1942] B.R. 21.

si, malgré l'emploi de ce terme il y a création d'une substitution. L'article 928 dispose qu'une substitution peut exister quoique le terme usufruit ait été employé pour exprimer le droit du grevé. En général c'est d'après l'ensemble de l'acte et l'intention qui s'y trouve suffisamment manifestée, plutôt que d'après l'acception ordinaire de certaines expressions qu'il est décidé s'il y a ou non substitution.

Ainsi donc l'emploi par le disposant du terme usufruit ne fait pas toujours obstacle à la création d'une substitution. C'est placer l'interprétation de l'acte donation ou testament ou la prohibition d'aliéner sous la coupe des principes généraux d'interprétation des contrats (art 1013 à 1021 C. civ.) qui ont d'ailleurs été formellement étendus à toute la matière des testaments, compte tenu de la nature particulière de cet acte, par l'arrêt de la Cour Suprême *Métivier v. Parent*.<sup>20</sup>

Il s'agit donc dans chaque cas particulier d'une interprétation d'espèce. La réelle intention dûment prouvée peut faire écarter l'idée de la constitution d'un simple usufruit au profit d'une substitution fideicommissaire.<sup>21</sup> Dans un arrêt récent de la Cour Suprême,<sup>22</sup> on a pu déclarer qu'il y avait substitution bien que le donateur ait spécifiquement écrit qu'il n'entendait pas créer "une vraie substitution".

(3) Par contre, en présence de termes identiques, quelques décisions se sont prononcées en faveur de la création d'un usufruit pour rejeter le concept d'une substitution. Ces décisions se sont appuyées parfois sur le fait que l'on ne pouvait trouver dans le contexte de l'acte un ordre successif.<sup>23</sup> Certaines ont estimé que l'emploi d'une expression telle que "à la mort ou au second mariage de ma femme l'usufruitière . . ." ne comportait pas la création d'une substitution lorsque, de l'ensemble de l'acte, l'intention de ne pas faire une substitution mais de constituer seulement un legs d'usufruit était suffisamment motivée.<sup>24</sup> D'autres décident que le fait qu'il y ait deux dispositions, deux

<sup>20</sup>[1933] S.C.R. 495.

<sup>21</sup>En faveur d'une substitution: *Castonguay v. Castonguay*, (1846) 13 R.J.Q. 431; *Roy v. Gauvin*, (1874) 14 R.L. 270; *Morasse v. Baby*, (1874) 7 Q.L.R. 162; *Pepin v. Courchesne*, (1879) 10 R.L. 77 (Cour d'Appel); *McDonald v. Ross*, (1882) 2 M.L.R. Q.B. 249; *Joubert v. Walsh*, (1883) 12 R.L. 334 confirmé en appel sous 28 L.C.J. 39; *Philipp v. Bain*, (1885) 2 M.L.R. C.S. 300; *Coutre v. Dorion*, (1886) 2 M.L.R. C.S. 132; *Plamondon v. De Chantal*, (1889) 17 R.L. 514; *Hingston v. Franklin* (1890) 19 R.L. 124; *Cabana v. Latour*, (1903) 24 C.S. 83; *Remillard v. Chabot*, (1903) 33 S.C.R. 328; *Crevier v. Cloutier*, (1904) 10 R.L. 475; *Duval v. Fortin*, (1904) 11 R. de J. 124; *Fraser v. Fraser*, (1907) 16 B.R. 304; et les précédents mentionnés, *Thornton v. Thornton*, (1907) 31 S.C. 233; *Whelan v. Whelan*, (1908) 35 S.C. 78; *Shearer v. Forman*, (1911) 40 C.S. 139; *Tassé v. Dame Goyer*, (1915) 47 C.S. 424; *Defoy v. Pepin* [1942] B.R. 21; *Dequire v. Depatie et Marsolais et autres* [1944] C.S. 1; *Lussier and Dame Tremblay*, [1952] 1 S.C.R. 389.

<sup>22</sup>*Lussier and Dame Tremblay* [1952] 1 S.C.R. 389.

<sup>23</sup>*Gareau v. Desrosiers*, [1952] C.S. 420.

<sup>24</sup>*Douglas et al. et Fraser* (1910) 20 B.R. 144; *Masson et Masson*, (1914) 23 B.R. 550; (infirmé en Cour Suprême: 47 S.C.R. 42).

libéralités successives mais que toutes deux sont "contemporaines et co-existantes, prenant toutes deux effet au même instant et non l'une après l'autre", constitue un legs d'usufruit.<sup>25</sup>

Parfois enfin, les lignes d'interprétation sont plus fuyantes encore lorsque l'acte met en jeu le problème d'un usufruit ou d'un legs de residuo. Ainsi dans l'affaire *Ricard v. St. Jean*<sup>26</sup> le testateur avait institué son épouse légataire universelle. Il déclarait que, sans créer une substitution ni un usufruit, le résidu de ses biens serait transmis au décès de son épouse à tous ses enfants par parts égales. Cette clause constitue un fidéicommiss de residuo sans constitution de substitution. C'est dans la même veine d'interprétation que se situe la décision *Dame Deguire v. Dépatie et Charsolais et autres* ainsi que la décision *Brais v. Dame Fortin and others et Lcroux*.<sup>27</sup>

Là ne s'arrêtent pas les difficultés d'interprétation relatives à l'intention du donateur ou du testateur. En effet, s'il y a parmi les donateurs ou testateurs des individus qui peuvent le plus souvent prendre les conseils auprès de notaires avisés avant de rédiger l'acte, d'autres ne se fient qu'à eux mêmes, et sans exprimer une volonté de créer une substitution remplacent celle-ci par un "vœu", un "désir". Déjà, dans l'ancien Droit, les juristes avaient cherché à déterminer les contours de ces vœux ou désirs dans un acte contenant une prohibition d'aliéner.

Pothier<sup>28</sup> écrivait à ce propos: "Les termes qui n'expriment qu'une simple espérance que l'héritier restituera, peuvent, selon les circonstances, passer pour une substitution qui oblige surtout lorsqu'ils lui sont adressés. Cela se présume au même, lorsqu'ils sont adressés à la personne à qui le testateur espère qu'on restituera . . . Mais les termes qui n'expriment qu'une recommandation vague ne renferment point de substitution."

Là encore l'interprétation de la forme en laquelle s'est exprimée le désir ou le vœu du donateur ou testateur peut être fonction de l'intérêt de celui auquel il "veut faire arriver les biens dont il défend l'aliénation".<sup>29</sup> Le désir exprimé par le testateur que les biens restent dans la famille par exemple peut ne pas constituer une substitution, si rien dans le contexte du testament ne vient épauler les éléments constitutifs d'une substitution.<sup>30</sup>

Dans cette gamme si variée de l'interprétation de la volonté et de l'intention du disposant, la jurisprudence va même, en cas de doute sur le point de

<sup>25</sup>*Joseph Olympe Jerome Duguay et dame Claire Celina Robin*, (1896) 5 B.R. 277; *Bond v. McFarlane et Potter et al.*, (1906) 29 C.S. 220; *Cité de Montréal v. Aubertin et autres et Caisse et Hurteau*, [1956] B.R. 817.

<sup>26</sup>(1939) 77 C.S. 302.

<sup>27</sup>*Dame Deguire v. Dépatie et Charsolais et autres*, [1944] C.S. 1; *Brais v. Dame Fortin and others et Lcroux*, [1955] C.S. 222, et les précédents cités, notamment *Chaussé v. Boucher*, (1941) 71 B.R. 67; et *Champagne v. Bacon*, (1936) 61 B.R. 363.

<sup>28</sup>*Subst. Sec. 2. No. 40.*

<sup>29</sup>*Lctang v. Latour* (1899) 24 C.S. 15.

<sup>30</sup>*Duval v. Fortier et al.*, (1904) 11 R. de J. 124.

savoir s'il y a ou non substitution, jusqu'à favoriser ouvertement l'existence d'une substitution aux dépens de toute autre classe de transfert de biens. D'ailleurs elle semble encouragée à le faire par l'opinion des notaires qui vont parfois jusqu'à écrire qu'on "doit toujours en cas de doute interpréter la disposition en faveur d'une substitution."<sup>31</sup> On fait valoir semble-t-il qu'il existe en matière de substitution, un criterium infaillible de vérité c'est que le droit de propriété ne peut rester en suspens entre deux têtes, mais qu'il doit être bien assis sur la tête de quelqu'un et, s'il est impossible, en interprétant une clause, de trouver un propriétaire distinct de l'usufruitier, nous serons forcés de conclure que ce pseudo-usufruitier est en réalité un grevé de substitution".<sup>32</sup> A cet égard l'affaire *Ryan v. Ryan*<sup>33</sup> est particulièrement significative. Le testateur n'ayant aucunement précisé si le bien légué par lui l'était en pleine propriété ou en usufruit, la Cour du Banc du Roi affirmait que "dans le doute de savoir si une disposition renferme une substitution ou un legs d'usufruit et de nue propriété, on doit décider en faveur de la substitution." S'appuyant sur ce principe que la volonté du testateur est la "loi supérieure", la Cour énonçait que c'est d'après l'ensemble de l'acte et l'intention de s'y trouver suffisamment manifestée, plutôt que d'après l'acception ordinaire des mots exprimés, qu'il est décidé s'il y a ou non substitution. Dans le cas de doute, on doit décider "d'après le droit de ce pays" qu'il y a eu substitution. Si le testateur ne s'est pas exprimé, et sans dire si c'est en pleine propriété ou autrement, "il est censé les avoir légués en pleine propriété."

Nous sommes ainsi bien loin de la simple règle qu'il n'y a pas besoin d'employer des termes sacramentels. Nous sommes arrivés maintenant à voir la création judiciaire d'une substitution sans qu'il y ait toujours de preuve tangible d'une intention d'en créer une de la part de l'auteur de l'acte.

b) *Le labyrinthe de la désignation des appelés.*

Les incertitudes qui planent et subsistent dans le domaine de l'interprétation de la volonté du constituant subsistent et même s'amplifient parfois lorsqu'il s'agit d'interpéter la désignation faite par le donateur ou le testateur du grevé ou des appelés.

Sans doute les définitions du code peuvent-elles être de quelque utilité, parce qu'elles fixent la terminologie en précisant la situation de chacun d'eux dans la substitution, mais l'emploi de termes non juridiques ou peu précis par le donateur ou testateur engendre des difficultés considérables. Il existe au surplus des situations assez complexes, fruits de l'expérience notariale et judiciaire, que, dans un désir d'être complets, les codificateurs ont concentré dans les articles succincts tels l'article 273. Ce texte prévoit que la prohibition d'aliéner, dans la mesure où elle est créatrice d'une substitution, peut être faite en faveur de personnes désignées, ou que "l'on puisse connaître". La

<sup>31</sup>Me. Lucien Morin dans 22 *Revue du Notariat*, 305.

<sup>32</sup>Me Lucien Morin, *ibid.*, p. 308.

<sup>33</sup>(1901) 22 C.S. 174 (C.R.), confirmé par la Cour du Banc du Roi (1902) 15 B.R. 289.

substitution existera en faveur de ces personnes quoiqu'elles ne se trouvent pas énoncées en termes exprès. On voit par là, que non seulement la désignation des intéressés en fonction des termes employés par le constituant peut prêter à des difficultés d'interprétation, mais encore qu'on en arrive à établir par présomption la désignation soit-disant voulue ou recherchée.

Une série d'articles vont même, reprenant dans une large mesure les données restées permanentes de l'Ancien Droit, établir des règles d'interprétation sur ce que le substituant doit ou aurait du ou pu comprendre sous les expressions aliéner "hors de la famille" ou sous les termes "parents, enfants, descendants" suivant que ces termes sont mis dans la disposition ou dans la condition et qu'ils sont employés "seuls" ou au contraire "qualifiés". L'article 977 va même jusqu'à poser le principe d'une présomption attachée au fait que si la prohibition d'aliéner n'est adressée à personne en particulier au sein de la famille, elle est réputée adressée seulement à celui qui est gratifié en premier. Si, par ailleurs, la loi pose en principe qu'il n'y a pas de représentation en matière de substitution, pourtant elle permet au donateur ou testateur d'en décider autrement. Si le testateur ordonne que les biens seront déférés suivant "l'ordre des successions légitimes" et que son intention ne soit "autrement manifestée", le principe de représentation jouera. Ces principes d'interprétation une fois posés, la volonté du constituant se trouve en fait laissée à l'arbitraire nécessaire du juge dans chaque cas particulier (art. 937 C. civ.). Si l'on ajoute à cela que le testateur ou donateur a le droit de laisser au grevé le choix dans la désignation des appelés, on peut mesurer alors la série de complications qui peuvent surgir.

Il ne saurait être question dans une étude aussi succincte de donner tous les détails des difficultés propres à la désignation des appelés car le but de cet article est avant tout de tenter de souligner simplement l'état d'incertitude qui plane sur tout l'ensemble de la substitution plutôt que de livrer une étude technique.

On peut classer les difficultés relatives à la désignation des appelés en deux groupes. Tout d'abord celles qui résultent de la désignation de quelques personnes (art. 973 C. civ.) ou qui se déduisent de la création d'une substitution graduelle (art. 974 C. civ.); puis celles afférentes aux expressions employées par le substituant, telles que prohibition d'aliéner "hors de la famille que ce soit la famille du disposant ou celle du grevé (art. 977 C. civ), celles faites aux descendants, parents avec ou sans gradualité" (art. 980 C. civ.).

Lorsque la personne du grevé est nommément désignée et celle des appelés se trouve clairement désignée à l'acte constitutif, il n'y a point de difficultés quant à la qualification des uns et des autres. Il suffit, lors de l'ouverture de la substitution, d'appliquer strictement la volonté du constituant quant à ces personnes ainsi désignées.

La défense d'aliéner peut être faite dans l'intérêt de l'héritier ou du légataire, afin de l'avertir de ne pas dissiper et de le mettre ainsi en garde contre

ses propres tendances à la dissipation. Cette prohibition peut ainsi s'analyser en une sorte de création de droit alimentaire à son profit. Il faut sur ce point revenir à la distinction fondamentale faite à ce sujet dans l'ancien droit entre la défense d'aliéner et la défense de tester imposée par le substituant au grevé. La première peut être prise, comme nous le disions, dans l'intérêt du grevé lui-même; tandis qu'il est manifeste que la prohibition de tester ne peut viser l'intérêt de celui à qui elle est imposée; elle passe par-dessus lui et est faite pour un temps où le grevé ne sera plus; elle s'adresse en faveur des appelés, parents appelés à succéder au grevé bien qu'ils ne soient pas directement ou nommément désignés.<sup>34</sup> La fonction familiale de la substitution reprend tout son empire au profit des membres ayant vocation successorale. Ce sont les héritiers naturels du donataire, de l'héritier ou du légataire grevé qui recueilleront la substitution en qualité d'appelés. Il y a donc ici, quant à la désignation des appelés, une sorte de présomption légale constitutive de droits. C'est ce qu'exprime la doctrine de l'article 976 C. civ.

Etant donné qu'il est loisible à tout substituant de créer une substitution graduelle, la question se pose de savoir qui, en définitive sera l'appelé. L'exemple classique de ce type de substitution est le suivant: On suppose un legs fait à deux légataires avec charge imposée au survivant d'entre eux de rendre à un tiers à son propre décès les biens ainsi légués. Ces deux légataires jouent l'un vis-à-vis de l'autre le rôle de substitués. Le survivant d'entre eux succédera à la part du prédécédé dans la substitution et la transmettra à son tour à son propre décès à l'appelé. On se trouve en présence d'une substitution fideicommissaire tacite dont Ricard<sup>35</sup> expliquait le mécanisme de la façon suivante: "Il faut remarquer, ce qui a été expliqué par les interprètes, que la loi comprend trois circonstances essentielles qui produisent la nécessité sur laquelle le fideicommiss tacite et réciproque qui l'introduit est fondé: la première, que ceux qui sont présumés réciproquement substituer sont honorés par le testateur et compris en sa disposition en qualité de légataires; la seconde, que le fideicommiss exprès est laissé à prendre de la main du dernier mourant, et la troisième qu'il est chargé de restituer le legs entier fait aux deux légataires."

On pourrait concevoir que cette situation soit encore plus compliquée si le testateur désigne un plus grand nombre de personnes à charge de rendre. Toutefois il faut se souvenir que la substitution ne peut aller au-delà de deux degrés non compris le substituant.

---

<sup>34</sup>Pothier: *Subst.* Nos. 89 et 90. "Il y a même lieu de soutenir que, en général la simple défense de tester faite par le testateur à son héritier ou légataire renferme une substitution en faveur des plus proches parents de cet héritier ou légataire, de ce qui se trouvera rester des biens du testateur à cet héritier ou légataire lors de sa mort et qu'en cela la défense de tester diffère de la simple défense d'aliéner". Voir en ce qui concerne la prohibition d'aliéner "faite dans l'intérêt de quelqu'un auquel le substituant veut faire arriver le bien dont il défend l'aliénation": *Letang v. Latour*, (1899) 24 C.S. 15.

<sup>35</sup>*Subst.*, Part. I no. 396.

Infiniment plus délicate est la question de l'interprétation de la volonté du constituant lorsque celui-ci emploie des termes à forme collective tels que "famille, parents, descendants, enfants". Les articles 977 à 980 ont posé les bases d'interprétation.

L'ordonnance sur les substitutions avait modifié considérablement les principes du droit romain sur la gradualité. Le droit romain admettait assez facilement la substitution fideicommissaire par conjecture. Depuis l'ordonnance des substitutions, la preuve de la gradualité doit être positive et absolue.<sup>36</sup>

L'ordonnance avait imposé l'obligation de procéder par gradualité expresse ; elle admettait l'existence possible d'une gradualité tacite "toutes les fois qu'il paraît évident, par la disposition, que tel a été le vœu du substituant, quoiqu'il ne soit pas formellement déclaré". Ainsi si je lègue à Pierre et à Jacques et que je charge le survivant d'entre eux de rendre à Antoine le bien légué, si Pierre meurt par exemple le premier, sa part sera remise à Jacques qui, à sa mort, la remettra à Antoine. La gradualité existe de fait que la part du premier mourant est remise à deux personnes successives.

Il semble que l'on puisse dégager de ces textes deux principes généraux malgré leur obscurité réelle.

Le premier est que dans l'examen de cette gradualité, il semble que les codificateurs fidèles à l'esprit de l'Ancien Droit aient cherché à faire transmettre les biens substitués à ceux qui normalement hériteraient par voie successorale, en y appliquant le double principe qu'on ne peut passer d'un ordre à un autre avant d'avoir épuisé le premier, ni d'un degré à un autre avant d'avoir également épuisé le premier. Il y a donc ainsi une volonté légale de règles destinée à assurer la prééminence des principes de dévolution successorale ordinaire. Mais cette volonté légale n'est que supplétive de la volonté du substituant.

Pour savoir quel sens attacher au mot "famille" employé par le substituant, et déceler par conséquent ceux qui doivent être appelés, il faut d'abord suivre l'ordre indiqué par le substituant puisqu'il est de son essence que la substitution établisse un ordre de succession en fonction de la libre volonté du constituant. A défaut d'indication précise, il faut suivre l'ordre légal en matière successoral, exception étant faite dans ce cas du droit possible de représentation qui peut être spécifié par le substituant ou écarté spécialement par lui.

Le terme "famille" visé à l'article 979 C. civ. lorsqu'il n'est pas "limité" s'applique à tous les parents en ligne directe ou collatérale appartenant à la famille au sens successoral du mot et qui ont ainsi vocation suivant l'ordre et le degré à recueillir les biens. La question paraît simple. Dans la pratique elle fait entrer dans un dédale labyrinthique qu'il est difficile de ramener à des lignes droites.

---

<sup>36</sup>Thevenot d'Essaules, Ch. 18, No. 356.



Tout d'abord les difficultés peuvent se poser sur le point de savoir quelle a été l'intention du disposant lorsqu'il substitue au légataire "sa famille". Cette disposition vise-t-elle la famille du grevé ou celle du disposant?

Les impondérables sentimentaux et les considérations d'ordre familial entrent en ligne de compte ici, car, si l'on décide en faveur de la famille du grevé, comme celui-ci peut n'être pas du tout parent du disposant, les biens sortiront de la famille du disposant; si au contraire il s'agit de la famille du disposant les biens substitués sortiront du patrimoine du grevé. Une très grosse divergence de vue sur ce principe même mettait aux prises les anciens auteurs, et notamment Ricard et Pothier.<sup>37</sup> Pour Ricard si le grevé est un parent du testateur, on doit présumer que la substitution est faite en faveur des parents du testateur et non du grevé, "la raison en étant qu'on doit présumer de l'affection naturelle que chacun a pour sa famille." Pothier rétorque avec finesse, "que le testateur a pu préférer la personne de son légataire étranger à sa propre famille par des motifs puissants et personnels à ce légataire, sans qu'on en puisse conclure qu'il a pareillement préféré la famille de ce légataire à la sienne".

Ainsi donc, dès le départ, on se trouve dans la plus complète incertitude. Sans doute doit-on interpréter selon les circonstances le contexte entier de l'acte constitutif de substitution. Dans ces conditions tout est encore une fois de plus laissé à l'arbitraire des tribunaux. Les décisions judiciaires révèlent d'ailleurs que l'unanimité est loin de se faire au sein d'une même juridiction entre les juges qui la composent; les dissidences sont parfois très marquées, et ne constituent pas seulement de simples nuances.

Le terme "famille" avait déjà, avec Pothier, pris un sens large. Il comprenait non seulement les parents par le sang mais aussi tous les "parents du nom, ceux qui le sont par les femmes, à moins que l'auteur de la substitution ne s'en soit expliqué".<sup>38</sup>

En dehors de la parenté de nom qui pouvait servir à maintenir les biens dans la noblesse, c'est donc, suivant l'expression de Ricard, "la famille en général qui se trouve substituée. Cette substitution a de soi autant d'effet et de durée qu'il se rencontre de personnes habiles pour la recueillir de degré en degré".<sup>39</sup>

Tel ne serait pas le cas si, au lieu de l'expression famille, l'auteur de la substitution avait désigné ses "parents". Comme l'indique Ricard,<sup>40</sup> "Il s'agit là d'un terme moins ample que celui de famille; il faut nécessairement être du sang pour être de la parenté".

C'est en fonction de cette idée qu'il a pu être jugé sans doute que la substitution au profit du grevé donataire recevant pour lui et les siens "de son

---

<sup>37</sup>Pothier *Subst.* No. 75 rapporte l'opinion de Ricard.

<sup>38</sup>Pothier *Subst.*, No. 75.

<sup>39</sup>Ricard *Subst.*, Part I No. 503, "On présume que l'intention du testateur a été de les appeler les uns après les autres, et de degré en degré".

<sup>40</sup>No. 504.

Côté estoc et ligne" ouvrirait la substitution seulement aux enfants du donataire, excluant du même coup les parents du donataire autres que ses enfants.<sup>41</sup>

La jurisprudence a du essayer de déterminer également ce qu'il fallait entendre par l'expression "représentants légaux". Cette expression vise-t-elle les héritiers légaux, c'est-à-dire ceux qui ont droit à la succession ab intestat du grevé, ou les légataires? Il a été jugé<sup>42</sup> que le terme "représentants légaux" doivent s'entendre dans le sens d'héritiers légitimes, mais que la double expression employée par le disposant "héritiers et représentants légaux" semblait plutôt désigner les héritiers légaux au sens de l'article 864 C. civ."<sup>43</sup>

Les complications relatives à l'interprétation de la volonté de l'auteur de la substitution sont loin de cesser ou de se dissiper lorsque l'auteur a employé les expressions "enfants", ou "nos" enfants, ou "petits-enfants survivants" etc . . .

Là encore on se trouve en présence de décisions dont il est impossible de dégager un véritable principe général. Les sentiments qui peuvent avoir guidé l'auteur de la substitution peuvent entrer en conflit avec les règles interprétatives du code.

L'article 980 C. civ. dispose que le terme enfants ou petits-enfants employé "seul", soit dans la disposition soit dans la condition, s'applique à tous les descendants avec ou sans gradualité suivant la nature de l'acte. Normalement le terme fils ne doit s'entendre que du descendant au premier degré. Ne peut-il jamais être interprété comme signifiant également les petits-enfants? Ricard faisait remarquer que lui donner ce dernier sens, ce serait "forcer la signification de ce mot de façon extraordinaire";<sup>44</sup> il admettait toutefois qu'"il peut arriver que ce terme enfant employé dans la condition comprenne tous les descendants". Alors que employé dans la disposition il n'emporte pas cette interprétation. Quelle en est la raison d'être? Pothier s'en expliquait ainsi: "C'est que les termes de la disposition doivent être entendus dans le sens étroit qui étend le moins qu'il est possible la substitution dont l'héritier est chargé, au lieu que, par la même raison, les termes de la condition qui tendent à restreindre la substitution doivent être entendus dans le sens large pour étendre la condition et restreindre la substitution".<sup>45</sup> La condition "S'il meurt sans enfants" a pour but essentiel de conserver au grevé la faculté de pouvoir

<sup>41</sup>*Crevier v. Cloutier*, (1904) 26 C.S. 373 (C.R.).

<sup>42</sup>*Frenette v. Cimon*, (1922) 32 B.R. 110.

<sup>43</sup>L'hon. Juge Rivard notait ce qui suit: "L'expression représentants légaux a un sens très étendu qui peut aussi bien comprendre les héritiers légaux que les héritiers testamentaires ou institués; mais le mot "héritier" employé dans la même disposition a une signification plus restreinte. Il est vrai que, pris absolument, il peut prêter à quelque ambiguïté. Pour lui donner une acception conforme à la volonté du testateur, il faut avoir recours au contexte, c'est-à-dire aux autres parties du testament qui peuvent indiquer quelle était cette volonté" (p. 118). cf L.P. Sirois (1906-1907) 9 *Revue du Notariat*, p. 24.

<sup>44</sup>Ricard *Subst.*, Part. I, No. 511; Pothier *Subst.*, No. 72.

<sup>45</sup>Pothier, *op. cit.*, No. 66.

transmettre à ses enfants dans sa propre succession les biens qu'on lui a laissé.

Dan la pratique le problème est loin d'être facile à résoudre malgré ces directives générales.

Certaines décisions se basant sur le contexte de l'acte créant la substitution ont pu juger que le terme "enfants" comprend par sa "propre énergie" non seulement les enfants de l'instituant ou de l'institué suivant le cas, mais encore leurs descendants dans tous les degrés sans défaillance du degré dans la disposition.<sup>46</sup>

D'autres s'appuyant sur ce que le terme enfant employé seul ne pouvait comprendre les "petits-enfants" par représentation de leur père et mère, prédécédés avant l'ouverture de la substitution qu'en autant qu'il n'y a point eu d'enfant au premier degré.<sup>47</sup> Mais la question préjudicielle consiste à savoir ce qu'il faut entendre par le mot "seul" qui servirait à restreindre la portée de l'acte constitutif.

Dans l'affaire *Bernard et autres v. Dame Amyot-Forget*<sup>48</sup> ce point a été discuté à fond. Il s'agissait en l'espèce d'une substitution dans laquelle le testateur avait légué l'usufruit de ses biens à son épouse et la propriété "aux enfants à naître en légitime mariage de mes enfants c'est-à-dire, mes petits-enfants." Cette clause rentrait-elle ou non dans l'article 980? Les mots "petits-enfants" étaient-ils employés seuls ou étaient-ils qualifiés?

La cour du Banc de la Reine avait estimé que les mots "petits-enfants" n'avaient pas été employés seuls mais au contraire doublement qualifiés. D'une part en effet le disposant avait visé les enfants issus de "notre" mariage, ou encore de "mon mariage avec ma dite épouse"; d'autre part il avait précisé qu'il devait s'agir des enfants à naître en "légitime mariage" de "mes enfants", "c'est-à-dire, mes petits-enfants." Comme l'écrivait l'hon. Juge Marchand<sup>49</sup> "Il n'y a pas de doute que, dans ces clauses troisième, quatrième et cinquième, le testateur a désigné comme ses enfants avantagés les personnes engendrées par lui immédiatement dans son mariage et non tous ses descendants possibles." Comme le faisait remarquer ce même magistrat, le besoin qui pouvait se faire sentir autrefois de créer des substitutions perpétuelles est moins évident aujourd'hui où les substitutions sont limitées à deux degrés et où nos mœurs ne reprochent certainement pas à un aïeul qui veut pourvoir à ses petits-enfants, de ne pas continuer sa libéralité au-delà et jusqu'à ses arrière-petits-enfants".

Les Hon. Juges Barclay et Pratte dissidents, ont fait valoir qu'on ne pouvait considérer le terme "petits-enfants", venant après les enfants . . .

<sup>46</sup>*Trahan v. Cardinal*, (1912) 43 C.S. 145 (C.R.); *Dame Plouffe et vir v. Lapierre et al.*, (1917) 52 C.S. 151 (C.R.).

<sup>47</sup>*Laferrière v. Lavallée*, (1902) 10 R. de J. 128.

<sup>48</sup>[1952] B.R. 89. et Cour Suprême: [1953]. 1 S.C.R. 82. Voir également *Préfontaine v. Dillon*, (1922) 33 B.R. 314.

<sup>49</sup>Page 93.

de mes enfants . . . comme une manifestation claire de l'intention de restreindre la portée de cette dernière expression: "On ne limite pas le sens d'un terme en le précisant par un autre auquel la loi donne expressément le sens le plus étendu . . . ce qu'il me paraît plus raisonnable de dire, c'est que le testateur aurait ajouté le terme générique de "petits-enfants", dont il est censé avoir connu le sens, pour dissiper toute équivoque sur la portée des termes qu'il avait d'abord employés.<sup>50</sup> La Cour Suprême devait infirmer la décision d'appel aux motifs que: "the words children and grand children as used in the will applied to all the descendants of the testator and therefore to the great-grand-children, as well to the grand children." Cette solution nous paraît éminemment critiquable. Ainsi que l'ont fait remarquer les deux Honorables Juges de langue et de formation juridique canadienne-française (l'Hon. Juge en Chef Th. Rinfret et l'Hon. Juge Taschereau): "the words cannot be a meaningless repetition and must be given a meaning. The words determine the intention of the testator."

On peut ajouter avec le Notaire Turgeon<sup>51</sup> que l'interprétation de la Cour Suprême n'aboutit à rien moins qu'à admettre l'existence d'une substitution au delà de deux degrés ce qui est contraire à l'art. 932 C. civ. "On ne peut faire sauter le degré des petits-enfants et faire jouer une sorte de substitution vulgaire en faveur des arrière-petits-enfants . . . On dit il s'agit d'enfants à naître du légitime mariage de mes enfants. Les descendants subséquents ne sont pas des enfants à naître de ce mariage, mais d'un autre mariage . . . il ne s'agit pas là d'une tautologie. Le sens du mot enfant qui était déjà restreint puisqu'il s'agissait d'enfants à naître d'un légitime mariage déterminé, et non d'un autre mariage, reçoit une limitation confirmée par l'addition de l'incidente (c'est-à-dire) qui vient la renforcer".<sup>52</sup> On peut remarquer avec le Notaire Turgeon que l'art. 932 du Code civil "n'exige pas que le degré soit occupé pour qu'il soit compté . . . c'est dans la disposition même du constituant que l'on doit rechercher les degrés".<sup>53</sup>

L'arrêt de la Cour Suprême aboutit presque à notre avis à favoriser indirectement une fraude à la loi par interprétation d'une volonté du constituant non clairement prouvée dans ce sens.<sup>54</sup>

---

<sup>50</sup>Hon. Juge Pratte p. 100. Hon. Juge Barclay p. 99: I cannot construe that simple phrase as a qualification depriving the great grand children whose parents had predeceased them of their right to take their share of the property as being within the definition of grand children."

<sup>51</sup>Revue du Notariat 111; et 56 Revue du Notariat 489.

<sup>52</sup>55 Revue du Notariat p. 119. Voir la critique de l'arrêt de la Cour Suprême par Me. Turgeon sous 56 Revue du Notariat p. 489' "L'art. 980 C. civ. qui est en quelque sorte une exception à l'art. 937 qui exclut la représentation, a un sens restrictif. Pour qu'il puisse s'appliquer, il importe que le terme enfants ou petits-enfants soit employé seul" p. 491.

<sup>53</sup>*Ibid.*, p. 494.

<sup>54</sup>Sur le point de savoir si la substitution faite au profit de: "nos" enfants doit obligatoirement comprendre "tous" les enfants voir *Alph. St. Aubin v. St. Aubin*, [1952]

Les difficultés ne s'arrêtent pas là. Lorsque l'acte constitutif de substitution renferme une clause aux termes de laquelle le grevé peut "disposer en faveur de ses enfants ou de l'un quelconque d'entre eux", quel sens donner à cette faculté d'élection? Apparemment cette clause pose le principe d'une sorte de délégation de pouvoirs conférés par le constituant au grevé, en vertu des principes généraux de la liberté de disposer.

Cette question avait été examinée avec soin par les anciens auteurs, Pothier,<sup>55</sup> notamment, s'était attaché à montrer la différence entre la faculté de choix et la substitution de la famille. S'il y a faculté de choix, la substitution ne peut s'ouvrir qu'au profit de celui ou de ceux qui ont été expressément choisis ou désignés; tandis que s'il s'agit de substituer la famille sans accorder au grevé un choix quelconque, la substitution s'ouvre au profit de tous ceux de la famille qui sont les plus proches parents du grevé. La jurisprudence ici encore, doit s'attacher aux termes de l'acte original constitutif de la substitution pour rechercher s'il y a eu choix ou option laissé au libre arbitre du grevé.<sup>56</sup> Comme le décidait récemment la Cour Suprême dans l'affaire *Lussier and Dame Tremblay*<sup>57</sup> la faculté de choix confère au grevé: "une autorisation absolue d'opérer parmi la classe et l'ordre des héritiers en faveur de qui la substitution est constituée le choix qu'il désire." Ce pouvoir ainsi laissé au grevé lui est sans doute donné en raison de la confiance que met en lui l'auteur de la substitution. Mais ce pouvoir ne confère pas au grevé celui d'ajouter des conditions dont on ne peut trouver la cause dans l'acte constitutif originaire.

c) *Les impératifs de la volonté du substituant relativement à l'assiette de la masse substituée.*

La solution des difficultés relatives au contenu de la masse frappée de substitution dépend en grande partie de l'interprétation à donner aux expressions plus ou moins précises employées par l'auteur de la substitution.

L'art. 935 permet au substituant de se réserver le droit de déterminer les proportions entre les appelés. S'il ne l'a pas fait par son testament il y aura caducité de la substitution. S'il l'a fait, il faut s'attacher à une interprétation stricte des clauses qui fixent cette proportion.

---

B.R. 354. Il s'est produit dans cette affaire une dissidence très nette de la part de l'Hon. Juge Bertrand. Ce magistrat s'appuyait sur la décision *Perreault v. Perreault*, (1930) 48 B.R. 356. Voir l'opinion de l'Hon. Juge Bissonnette qui notait que l'expression "rendre à nos enfants" et "n'en disposer qu'en faveur de nos enfants" comportait plus qu'une simple nuance. Il y a là la distinction essentielle entre la substitution pure et simple et la prohibition d'aliéner comportant une substitution conditionnelle. Pour la sens à donner à l'expression "my surviving grand children": *Drouin v. Hénault*, (1939) 67 B.R. 101.

<sup>55</sup>Pothier *Subst.* No. 81.

<sup>56</sup>*Labelle v. Labelle*, (1914) 21 R. de J. 1 (C.R.) L. P. Sirois, (1906-07) 9 Rev. du Notariat, 24.

<sup>57</sup>[1952] S.C.R. 389.

On sait que la prohibition d'aliéner peut être limitée aux actes entre vifs ou à ceux à cause de mort ou s'étendre à tous les actes. Mais là encore, la prohibition peut être modifiée suivant "la volonté du disposant" (art. 975 C. civ.) à défaut de quoi elle est censée s'étendre à toute sorte d'actes (art. 975 C. civ.). Quel principe d'interprétation suivre?

La pratique qui s'est greffée autour de l'art. 979 donne-t-elle au grevé, relativement au patrimoine frappé de substitution, et non plus seulement aux personnes appelées le pouvoir d'imposer aux appelés des conditions d'insaisissabilité ou d'incessibilité?

Tels sont en gros les problèmes à examiner.

L'art. 935 pose le principe qu'on ne saurait autoriser le constituant qui a disposé par donation de certains biens, à les substituer après coup même en faveur des enfants du donateur qu'il a désignés. Mais il peut, par un testament, et s'il fait une nouvelle libéralité au légataire, substituer les biens qu'il avait donnés purement et simplement dans la première donation. Il faut bien entendu que cette nouvelle substitution soit acceptée. Si le Code n'a pas permis de frapper les biens objets de la première donation d'une substitution, le motif en est avant tout d'ordre strictement juridique. Le donataire ayant un droit acquis dès son acceptation, il ne saurait dépendre du donateur de grever ultérieurement sa donation d'une substitution. En effet, la propriété des biens donnés a été irrévocablement transférée dès l'acceptation au donataire.<sup>58</sup>

Sans doute donateur et donataire pourraient-ils, d'un commun accord, révoquer la donation pour constituer une substitution, mais, selon Mignault, un tel acte pourrait être annulé si le donataire était insolvable.<sup>59</sup>

Par ailleurs, le donateur ne peut dans l'acte constitutif frapper les biens grevés de substitution d'insaisissabilité ou d'incessibilité, car cette clause serait directement contraire au pouvoir de disposer, propre au droit de propriété, même conditionnel, que la loi confère au grevé.<sup>60</sup>

L'étendue de la prohibition est déterminée d'après "le but" que le disposant avait en vue et d'après les circonstances. Le disposant est donc maître de régler et de déterminer l'assiette du patrimoine objet de la substitution comme il l'entend.<sup>61</sup> Toutefois, il ne saurait interdire ce que Pothier appelait déjà les

<sup>58</sup>Pothier écrivait sur ce point: "la propriété de la chose donnée ayant par la donation irrévocablement été transférée au donataire, le donateur ne peut plus disposer par des substitutions des choses qui ne lui appartiennent plus." (No. 112).

<sup>59</sup>Mignault *op. cit.*, Vol. 5, p. 32.

<sup>60</sup>51 Revue du Notariat, p. 473; 1 Revue du Notariat, p. 33. *Faribault v. Guay*, (1893) 4 C.S. 143; *Turcot v. Charters et Charters*, (1900) 18 C.S. 24. "La défense faite au défendeur et opposant de vendre, hypothéquer ou autrement aliéner ne sert qu'à confirmer la volonté de créer une substitution et rien de plus, sans enlever au défendeur son droit de vendre sujet toujours à la dite substitution."

<sup>61</sup>*Lemaire v. Dame Beique et al.*, [1956] C.S. 88.

aliénations "nécessaires" qui sont actuellement visées aux art. 953 et 953a du C. civ.<sup>62</sup>

Enfin en ce qui concerne le droit donné au grevé de régler "comme bon lui semble, soit également soit autrement" les biens objets de la substitution, quelques difficultés se sont élevées. Le grevé qui, à son tour dispose des biens substitués peut-il imposer des conditions ou charges à la personne qu'il choisit? Il faut se rappeler qu'ici encore, lorsque le grevé opère le choix de l'appelé et transmet le bien substitué, il ne fait pas par lui-même une libéralité. La masse objet de la substitution a son origine dans l'acte constitutif originaire. Comme l'écrivait Pothier le choix que le grevé fait "n'est point une disposition qu'il fasse de ses biens envers la personne qu'il choisit".<sup>63</sup> On peut ajouter que peut-être, à lire l'art. 944, on ne peut pas dire que le grevé est absolument propriétaire au sens strict du mot, puisque, selon ce texte, "il possède à titre de propriétaire". Si le substitué est le légataire universel on ne peut soutenir qu'il adhère en cette seule qualité aux conditions et charges insérés par le grevé dans son propre testament puisque juridiquement l'appelé reçoit directement du substituant et non du grevé. On peut dire en d'autres termes que la masse substituée constitue une sorte de réserve dont le grevé ne peut ni diminuer l'assiette, ni l'affecter de conditions dont on ne trouverait pas la preuve de leur existence dans l'acte originaire constitutif de la substitution. C'est ce qu'a décidé notamment la Cour Suprême dans l'affaire *Lussier and Dame Tremblay* dans les termes suivants: "The power to elect does not by itself own virtue to give the right to impose charge and since the donation does not show any intention to derogate from that principle".<sup>64</sup> Le patrimoine substitué délimité dans sa consistance par l'acte originaire est un patrimoine d'affectation au bénéfice de l'appelé. On doit rechercher non pas dans le testament du grevé, mais dans l'analyse de l'acte originaire, si ces charges et conditions s'y trouvent en puissance.<sup>65</sup>

## IIème Partie

### LA SITUATION EN PORTE A FAUX DU DROIT DE PROPRIETE SUR LA MASSE SUBSTITUEE

#### a) *Le contenu des deux droits de propriété conditionnelle.*

Le code de Québec qui, à l'image du code Napoléon répugne à organiser le droit de copropriété ou le régime des indivisions et qui est même hostile à tout ce qui n'est pas droit individuel de propriété, a cependant conservé la substitution qui engendre une dualité de droit de propriété même avant son ouverture.

En effet, dès que le grevé se trouve en possession des biens objets de la substitution, l'article 944 dispose qu'il "possède pour lui-même à titre de

<sup>62</sup>Pothier: *op. cit.*, No. 98.

<sup>63</sup>"Elles seront exposées à l'occasion des pouvoirs du grevé."

<sup>64</sup>[1952]. S.C.R., 389. Voir pour la qualité de légataire universel, p. 402.

<sup>65</sup>Principe d'interprétation posé dans *Auger v. Beaudry*, [1920] A.C. 1014.

propriétaire, à charge de rendre et sans préjudice aux droits de l'appelé". Pour éviter tout doute sur cette qualité, l'article 949 prévoit que, malgré l'obligation de rendre, le grevé peut vendre, hypothéquer, constituer des servitudes ou charges sur les biens substitués.

Tout ceci serait logique, et ne présenterait guère de difficultés si, de son côté, l'article 956 ne donnait à l'appelé, avant même l'ouverture de la substitution, non seulement le pouvoir de faire sur les mêmes biens des actes conservatoires, mais encore celui de vendre, hypothéquer, etc.

Dès lors il y a concours sinon concurrence entre le grevé et l'appelé sur les mêmes biens, avant ouverture de la substitution. Au départ la loi procède à une dislocation du droit de propriété; celui-ci se trouve écartelé entre le grevé et l'appelé et leurs créanciers respectifs. Sans doute, les opérations juridiques faites par le grevé avant l'ouverture ne seront-elles pas opposables à l'appelé après l'ouverture, à certaines exceptions près. Sans doute également, celles passées pendant la même période par l'appelé ne seront-elles valables que si le grevé survit et recueille la substitution. Il n'en demeure pas moins que ce régime de droits conditionnels et ce concours possible du grevé et de l'appelé sont essentiellement néfastes au point de vue du crédit et des affaires.

Il faut rechercher quelle est la qualité de propriétaire que le code réserve au grevé.

Selon le code le grevé possède pour lui-même à titre de propriétaire, mais à charge de rendre et sans préjudice aux droits de l'appelé. C'est d'emblée indiquer que le grevé est propriétaire sous condition résolutoire de l'ouverture de la substitution.

Les auteurs dans l'Ancien Droit discutaient à fond de cette question. Pothier notamment<sup>66</sup> écrivait: "Le grevé est d'abord avant l'ouverture seul propriétaire des biens substitués, mais son droit de propriété n'est pas incommutable, étant résoluble au profit du substitué par l'échéance de la condition qui doit donner ouverture à la substitution. Le substitué avant l'ouverture n'a aucun droit formé par rapport au bien substitué, mais une simple espérance".<sup>67</sup>

Cette obligation de rendre les biens lors de l'ouverture n'est pas apparemment en conflit avec l'attribution d'un droit de propriété au grevé, parce que là encore, par interprétation de la volonté du constituant on estime que, en obligeant le grevé à rendre ces biens, "le substituant est censé lui avoir défendu de les aliéner au préjudice du substitué".<sup>68</sup> Ainsi donc, ce qui est interdit au grevé c'est de faire une aliénation qui soit préjudiciable à l'appelé futur. C'est donc en somme la finalité de l'acte d'aliénation qui sert de critère à la notion de préjudice éventuel causé à l'appelé. Or, en toute hypothèse,

---

<sup>66</sup>Pothier, No. 153.

<sup>67</sup>Voir également Ricard, No. 858.

<sup>68</sup>Thevenot d'Essaules, No. 788.



sauf dans les cas où la loi considère l'aliénation comme finale c'est-à-dire opposable à l'appelé, les aliénations faites par le grevé tombent à l'ouverture de la substitution, en sorte que il n'en résulte théoriquement aucun dommage pour le substitué.

Le grevé peut faire tous les actes nécessaires pour la conservation des biens, réparations, passation de baux, des aliénations, constituer des hypothèques et servitudes, faire des promesses de vente.<sup>69</sup>

Cependant ce sont là des constatations qui n'expliquent pas au fond la nature de ce droit du grevé.

Mignault<sup>70</sup> note que théoriquement, on peut discuter de la valeur de la thèse qui consiste à qualifier le droit du grevé de droit de propriété sous condition résolutoire. En effet, si cette qualité était exacte il faudrait dire logiquement qu'à l'ouverture de la substitution, le droit du grevé est rétroactivement anéanti, et qu'en conséquence, puisque les biens substitués passent directement du constituant à l'appelé il n'y a eu en fait qu'une seule libéralité. Or ce serait aller à l'encontre de la nature même de la substitution fideicommissaire qui comporte deux libéralités successives.

Quoiqu'il en soit, on se trouve enfermé dans ce dilemme dont aucun appel à la pure théorie ne peut expliquer parfaitement le vrai sens. Il nous semble que l'on peut faire à cette matière des substitutions qui s'est développée par la pratique la même remarque que celle faite parfois à l'égard du régime de la communauté légale à savoir que les règles posées au code ne peuvent toujours être expliquées en fonction de leur encadrement dans des notions juridiques préconstituées et immuablement vraies.<sup>71</sup> Il y a une manière de vivre particulière à certaines institutions du droit privé que les seules notions juridiques établies sont impuissantes à expliquer en toute satisfaction. Ainsi en est-il à notre avis de la substitution.

Il s'agit d'ailleurs d'un droit de propriété étrange. En effet ce dit propriétaire (le grevé) se trouve dans l'obligation de dresser un inventaire à ses propres frais, de la masse substituée (art. 946), sinon, qui plus est, il peut se voir imposer cette formalité par les appelés, le curateur à la substitution ou les tuteurs et curateurs des appelés. Cette intervention de tiers, cette im-mixtion dans l'usage de sa propriété, donne une physionomie particulière au

<sup>69</sup>Cela s'entend des réparations nécessaires (art. 958cc) *Lemire v. Arbec*, 1894. 5 C.S. 378; *Soucisse v. Lowe*, 1897 3 R. de J. 527; *Desaulniers v. Dépatie*, (1910) 16 R.L. ns. 130; *Robert et al. v. Martin es-qual.*, (1915) 48 C.S. 27; *Lacroix v. Roy*, (1919) 57 C.S. 95; *Skelly v. The Canada Thread Co.*, (1899) 16 C.S. 191 (promesse de vente). *Pouliot v. Fraser*, (1877) 3 Q.L.R. 349 (Droit d'aliéner) et les décisions citées par Mignault (1877) vol. 5, p. 88; adde: (1937-38) 40 Rev. d. Notariat 214; *Lussier and Tremblay*, [1952] 1 S.C.R. 389, "Le grevé de substitution est un propriétaire véritable qui peut en principe faire tous les actes d'un propriétaire". Sur l'emprunt: *Pérodeau v. Dame Lacombe*, (1918) 54 C.S. 351 (C.R.).

<sup>70</sup>*Op. cit.*, Vol 5, p. 58.

<sup>71</sup>L. Baudouin: *Le droit civil de la Province de Québec, (modèle vivant de droit comparé)*, (1953). Wilson et Lafleur, Montréal, p. 1039. in fine.

droit de propriété du grevé. N'est pas moins étrange la règle qui veut que cet inventaire soit fait à ses frais, alors qu'en définitive, ce sera l'appelé seul qui aura le droit de propriété définitif sur les dits biens inventoriés! Enfin on peut s'étonner que ce grevé propriétaire se voit privé des fruits de sa propre propriété au cas où il n'aurait pas fait cet inventaire.

Curieuse situation de ce grevé propriétaire qui doit être autorisé en justice pour pouvoir vendre définitivement les biens substitués (art. 953.(a))! Non moins singulier ce grevé propriétaire qui se voit imposer des règles sur l'emploi qu'il doit faire des prix de vente de sa propre propriété<sup>72</sup> et qui, ayant acquis un bien-fonds voit celui-ci frappé de substitution par une sorte de subrogation réelle.

Curieux droit de propriété du grevé qui, s'il existe des coupes de bois sur le fonds substitué, se trouve contraint pour les continuer de faire approuver ses plans d'exploitation par un conseil de famille sur avis d'experts et le tout soumis à ratification d'un juge de la Cour supérieure (art. 949 a)!

Comment ne pas s'étonner de voir ce grevé propriétaire tenu d'obtenir le consentement du curateur à la substitution pour faire les paiements, recevoir les créances, opérer les remboursements et effectuer le produit des ventes, disposer de l'argent en banque et exercer en justice les droits nécessaires.<sup>73</sup>

Que dire de ce propriétaire auquel on refuse le droit de transiger sur des biens dont on affirme qu'ils sont sa propriété, si ce n'est en cas de nécessité et s'il y va de l'intérêt de l'appelé et de lui-même?

Aucune de ces règles ne correspond aux principes fondamentaux du droit privatif de propriété dont ce code s'est fait le champion. Il serait préférable de ne pas chercher à justifier le droit du grevé comme étant celui de propriété. L'obligation de rendre qui pèse sur lui, obligation de rendre les biens dans "leur intégrité", est suspendue comme une épée de Damoclès sur sa tête et sur celle des héritiers ainsi que de tous ceux qui ont acquis de lui des droits conditionnels.

Quant au concours de l'appelé qui peut s'exercer sur les mêmes biens avant l'ouverture, il est essentiellement fâcheux pour la stabilité du droit de propriété que le code cherche toujours à assurer comme conséquence de son concept le droit privatif exclusif. Sans doute les actes faits par l'appelé pendant cette période seront-ils ceux d'un propriétaire éventuel, mais que de complications!

Ainsi par exemple on se posait dans l'ancien droit la question de savoir si l'appelé pouvait en conséquence du droit de transiger, renoncer à son droit éventuel. On interdisait la renonciation définitive pure et simple. On admettait par contre qu'il put renoncer sous forme conventionnelle avec le

---

<sup>72</sup>Sur les difficultés que peut s'enlever la question de savoir si une affectation hypothécaire peut être considérée comme un "remploi" voir: *De. Serris v. Leclair et al*, (1902) 23 C.S. 454.

<sup>73</sup>Art. 947 C. civ.

grevé, cette renonciation s'interprétant comme étant simplement l'engagement pris par lui, appelé, de ne pas se prévaloir au moment de l'ouverture de la substitution de son droit de propriété. L'appelé ne peut donc renoncer qu'à son droit "éventuel".<sup>74</sup>

Ainsi donc ce que l'appelé vend avant l'ouverture de la substitution ce n'est que son droit éventuel sur la masse substituée, droit qui ne se transformera en vertu de la loi en un droit définitif de propriété qu'à l'ouverture de la substitution.

\* \* \*

L'existence de cette dualité de propriété conditionnelle sur la masse des biens substitués se double de l'incertitude jurisprudentielle qui s'attache à l'interprétation de certains textes du code relatifs aux aliénations considérées théoriquement comme finales et qui ont été passées par le grevé avant l'ouverture de la substitution.

Il semble que ce soit dans l'intérêt supérieur du droit de propriété que le code a prévu un certain nombre d'hypothèses dans lesquelles les aliénations sont considérées comme définitives, c'est-à-dire opposables à l'appelé après l'ouverture de la substitution. Ce sont les articles 953 et 953a CC: Vente pour expropriation pour cause d'utilité publique, vente forcée en justice sur poursuite des créanciers du constituant dont la créance est antérieure à la création de la substitution, vente faite "à l'avantage" du grevé et de l'appelé.

Ces textes semblent clairs; en pratique il n'en est rien. La vente forcée en justice a lieu en cas de poursuites des créanciers chirographaires ou hypothécaires du constituant étant donné l'antériorité de leurs titres par rapport à la création de la substitution.<sup>75</sup> La jurisprudence a décidé que le texte ne vise que la vente forcée et n'autorise pas la vente de gré à gré, hormi le cas où l'acte constitutif y pourvoirait.<sup>76</sup>

Mais la question préjudicielle est de savoir si l'on se trouve en présence d'une créance antérieure à la constitution de la substitution.

La question a été soulevée à propos d'un emprunt fait par le grevé dans l'affaire *Chef dit Vadeboncoeur v. Cité de Montréal*.<sup>77</sup> Le grevé avait reçu un immeuble; celui-ci est détruit par un incendie. Le grevé emprunte pour pouvoir faire reconstruire, il obtient l'autorisation de justice. Plus tard il se

---

<sup>74</sup>*Laurin v. Neilson*, (1912) 7 D.L.R. 403 (B.R.); *Germain v. Dame Clavel et al.*, (1916) 51 C.S. 165 (C.R.); *Robert et al. v. Martin et Robert*, (1917) 27 B.R. 54; *Groulx v. Bricault dit Lamarche et al.*, (1920) 31 B.R. 287, et 63, S.C.R. 32. "L'acte par lequel un appelé a vendu tous ses droits et prétentions dans un immeuble substitué est sans effet quant au transfert de la propriété, l'appelé n'a vendu que les espérances et droits éventuels qu'il possédait . . ." *Germain v. Dame Clavel et dame Bague*, (1916) 51 C.S. 165, et (1918) 55 S.C.R. 633.

<sup>75</sup>Guyot, *Subst.*, p. 483; "il ne peut dépendre d'un débiteur en substituant des biens d'empêcher le paiement des dettes passives qu'il laisse après lui".

<sup>76</sup>*Choquette v. Masson et al.*, (1899) 16 C.S. 606.

<sup>77</sup>(1897) 29 S.C.R. 9.

trouve dans l'impossibilité de faire face aux remboursements. Le terrain est vendu. Devait-on considérer l'emprunt comme ayant été fait dans l'intérêt de l'appelé ou seulement dans l'intérêt du grevé? A première vue il semblerait difficile d'admettre l'idée d'antériorité de cette créance sur celle de la substitution et encore plus difficile d'admettre qu'il s'agit d'une dette du constituant. Pourtant la jurisprudence en cette espèce a admis qu'il s'agissait d'une créance préférable à la substitution au motif que "the mortgage was judicially authorized and was given special preference by the Statute superior to any rights or interests that might arise under the substitution . . . the sale by the sheriff passed the title to the purchaser for the whole estate including the substitution as well as that of the grevé de substitution, notwithstanding the omission to make the curator a party to the action or proceedings in execution against the lands."<sup>78</sup>

La question de l'aliénation finale opérée avec le consentement des appelés paraît simple à première vue. Si tous les appelés sont majeurs et maîtres de leurs droits ou si, mineurs, leurs tuteurs sont autorisés, il n'y a pas de difficulté, exception faite des nullités propres aux vices de forme de l'autorisation. Mais si "tous" les appelés ne consentent pas l'article 953 par. 3 décide que l'aliénation ne leur sera pas opposable.

Le problème qui se pose est de savoir ce qui est inclus dans ce consentement. S'agit-il d'une sorte de renonciation aux droits de l'appelé dans la substitution ou s'agit-il d'une simple garantie donnée à l'acquéreur que l'appelé n'exercera pas plus tard l'action en résolution? L'obligation de garantie est incluse dans tout contrat de vente et, semble-t-il, le consentement donné dans ces circonstances devrait s'interpréter comme une renonciation à tous les droits sur le bien vendu. Or une telle renonciation serait contraire au principe fondamental de la substitution à savoir que le droit définitif sur la masse ne se fixe que le jour de l'ouverture et non antérieurement. Il ne s'agit pas d'une aliénation finale puisque tout peut être remis en question lors de l'ouverture de la substitution.<sup>79</sup>

Désirant fixer de façon plus précise les droits et obligations respectifs de l'appelé et du grevé la loi du 15 janvier 1878 a ajouté un article 953a. Il ne s'agit plus désormais d'aliénation faite en cas de nécessité mais simplement (à supposer que ce soit plus simple), en cas d'"avantage" du grevé et de l'appelé. Or, ce texte destiné à remédier à l'incertitude de l'article précédent en a créé une plus grande encore. C'est même comme le signale Mignault, aller à l'encontre du but de toute substitution qui est, suivant la volonté du

<sup>78</sup>Voir sur la question de la mise en cause de l'appelé ou du curateur Mignault, vol. 5, p. 94.

<sup>79</sup>En ce qui concerne les grevés qui doivent consentir, voir spécialement *Depletiau v. Dame M. E. Bernard*, [1924] S.C.R. 159. Sur cinq appelés quatre avaient consenti à vendre leurs parts. L'un des appelés n'avait pas donné son consentement. Les quatre autres avaient prétendu distraire de la vente les lots dans lesquels ce cinquième appelé avait des droits. La cour a décidé qu'il y avait eu vente de la chose d'autrui.

substituant, d'imposer au grevé l'obligation de conserver et de restituer les biens lors de l'ouverture. Qu'est-ce que cet avantage cumulatif du grevé et de l'appelé? Qui peut le déterminer? Sans doute ce seront les tribunaux, ce qui prouve surabondamment que la loi a manqué son but; le fait de l'existence de litiges sur ce point met en lumière les difficultés d'appréciation de la notion "d'avantage". Terme imprécis, terme élastique, terme fâcheux. On en arrive même à reconnaître que certaines lois statutaires prennent le pas sur la volonté de l'instituant.<sup>80</sup> Comme l'écrivait Mignault "on peut regretter que la détermination de cet avantage soit laissée forcément à l'arbitraire puisqu'il dépend du juge de décider si dans l'espèce soumise, l'aliénation est avantageuse et que sur ce point les magistrats peuvent différer d'avis".<sup>81</sup>

b) *Incertitude sur le contrôle de la masse substituée.*

Les efforts faits par le code afin d'organiser une sorte de contrôle sur les biens substitués pour en éviter sans doute la dissipation par le grevé propriétaire conditionnel sont mal venus car les codificateurs n'ont même pas pris parti avant, ce qu'il aurait fallu faire, sur la nature juridique de cette masse de biens substitués.

En dehors de la question de nomination du curateur à la substitution, la fonction de ce curateur<sup>82</sup> est assez mal définie. Il paraît être, à première vue, d'après l'ensemble des textes du code dans la situation d'un subrogé-tuteur par rapport au tuteur, mais il n'en a cependant pas tous les droits. La formule employée au code (article 945 par. 3) est fâcheuse. D'une part il y est dit que le curateur "veille aux intérêts des appelés", et les "représente dans tous les cas auxquels son intervention est requise ou peut avoir lieu." Cette formule est pleine de contradiction. D'une part en effet, elle renferme un formule très générale; d'autre part elle n'accorde au grevé la possibilité d'intervenir que dans des cas spécifiquement déterminés par les textes. L'article 945 oblige le curateur à faire faire l'inventaire; l'article 942 requiert qu'il fasse enregistrer la substitution; l'article 947 délimite son droit d'intervention à l'occasion d'actes que peut faire le grevé et qui sont strictement énumérés; l'article 945 par. 4 lui permet de prendre connaissance de tous documents, actes, titres, procédures, concernant les biens substitués, leurs placements, les dépôts en banque ou leur retrait.

---

<sup>80</sup>*Ex parte Prevost v. Prevost et al.*, (1903) 27 C.S. 490 et 35 S.C.R. 193. Le constituant avait spécifiquement interdit de vendre en tout ou partie les biens "même pour le plus grand avantage" de l'un des petits-enfants. La cour a fait prévaloir la loi 61 Vic. Ch. 44 et ainsi rendu la clause lettre morte: "The above prohibition to alienate adds nothing to the substitution under which, taken alone, the property is intended to pass to the substitute and the statute is enacted for the purpose of defeating that intention in the case it contemplates."

<sup>81</sup>Vol. 5, p. 106.

<sup>82</sup>P. Paquete, (1949-50) *Revue du Notariat* 52, p. 61. Turgeon, "le domicile et la compétence judiciaire en matière contentieuse", dans (1952-53) 55 *Revue du Notariat* p. 450.

Curieux mélange où parfois le curateur semble avoir un pouvoir d'intrusion dans le soi-disant droit de propriété du grevé sans avoir en même temps celui de contrôle ou d'administration, contrairement à l'article 347 qui le range cependant dans la catégorie des curateurs aux biens, ce qui est un tort. Lorsque, par ailleurs, les textes du code le décrivent comme représentant les appelés, est-ce bien de cette représentation qu'il s'agit au fond? N'est-ce pas plutôt de la représentation de la substitution elle-même, considérée comme une sorte de personne morale? Si le curateur représentait vraiment les appelés avant l'ouverture, lui refuserait-on le droit de s'opposer à une saisie d'un immeuble substitué?<sup>83</sup> lui refuserait-on d'exiger le paiement des capitaux ou des intérêts des capitaux substitués?;<sup>84</sup> d'exiger du premier curateur qu'il remplace le versement des sommes que ce dernier devait aux appelés?;<sup>85</sup> alors que par ailleurs on lui permet d'intenter une action dans le but de conserver les biens de la substitution lorsque les appelés ne sont pas nés?<sup>86</sup> La remarque de Thevenot d'Essaules serait-elle encore vraie de nos jours: "Hors les cas prévus par la jurisprudence, nos tuteurs (curateurs) ne sont guère nommés que pour mettre le grevé en état de faire juger ses prétentions contre les substitués. . . . aussi ne prend-on pour cette fonction qu'un homme sans consistance et presque toujours insolvable".<sup>87</sup>

Mais, même dans le domaine de l'opposabilité des jugements aux appelés, la diversité d'interprétation qui s'attache au texte de l'article 959 est loin de clarifier la situation. On s'accorde dans la pratique notariale à reconnaître que ce texte n'est pas clair. "Il semble exiger la nomination d'un curateur qui doit être mis en cause avec les appelés, si l'on veut que le jugement à intervenir ne puisse être attaqué sur le motif de la substitution." Or, cet article n'intéresse pas les appelés et la nomination d'un curateur dans un pareil cas ne saurait être faite à la demande des appelés ou du grevé, mais seulement à la demande de la partie poursuivante qui seule en a besoin.<sup>88</sup>

Tout dépend en fait de la partie poursuivante si naturellement elle connaît ce point de droit et veut rendre le jugement opposable aux appelés. Tout est subordonné en droit à ce fait que les intéressés peuvent connaître l'existence même du procès. Singulière protection des intérêts des appelés qui dépend essentiellement d'éléments aussi subjectifs. Etrange situation au surplus qui permet à l'appelé d'invoquer les jugements rendus en faveur du grevé bien que les appelés ou leurs représentants n'aient pas été mis en cause.

Ainsi donc pratiquement ce curateur dont les fonctions se superposent à celles du tuteur d'un mineur appelé, ou à celles d'un curateur de l'appelé,

---

<sup>83</sup>*Wilson v. Leblanc*, 13 L.C.J., 202; *Montréal Loan and Mortgage Co. v. Pélodan*, (1892) 2 C.S. 391.

<sup>84</sup>*Moreau v. Dorion*, (1884) 12 R.L. 380.

<sup>85</sup>*Dorion v. Dorion*, (1897) 13 S.C.R. 194.

<sup>86</sup>*Stewart et Molson's Bank*, R.I.Q. 4 B.R. 11.

<sup>87</sup>Thevenot d'Essaules, No. 1274.

<sup>88</sup>P. Paquette, (1949-50) 52 *Revue du Notariat*, p. 71.

se trouve désarmé, et la soi-disant représentation des appelés se trouve lettre morte. Elle dépend en effet par trop de la négligence ou du bon vouloir du curateur. "Il semble étrange (comme l'écrit Mignault)<sup>89</sup> qu'à côté des représentations de droit commun le législateur ait admis une représentation extraordinaire qui les suppléerait toutes." Il faut à notre avis ajouter en rectifiant cette opinion qu'il est encore plus étrange que cette soi-disant représentation ne supplée précisément aucune d'entre elles avec certitude. C'est là, semble-t-il, la leçon qui se dégage de la pratique jurisprudentielle sur tous ces points.

c) *L'enregistrement, nouveau piège créé dans la substitution.*

A lire les textes du Code civil (art. 938 à 943) sur l'enregistrement de la substitution fidéicommissaire, il semblerait qu'un certain sentiment de sécurité s'en dégage, et qu'enfin on puisse être tenté de conclure que cette formalité intrinsèque qui domine toute la substitution, balaye comme par une sorte de raz de marée toutes les incertitudes dénoncées jusqu'alors.

Bourjon<sup>90</sup> écrivait au sujet de la publicité qu'il fallait assurer à la substitution: "sans cette publication et cet enregistrement, les substitutions seraient des pièges qui serviraient à dépouiller des acquéreurs de bonne foi et qui enlèveraient la sûreté à des créanciers légitimes. C'est pour parer à de tels inconvénients que la sagesse des ordonnances a assujéti les substitutions à la publication et à l'enregistrement."

On sait que le droit québécois a remplacé l'insinuation par l'enregistrement.<sup>91</sup>

Les textes semblent précis. La substitution fidéicommissaire doit être enregistrée "dans l'intérêt des appelés et dans celui des tiers" (art. 938). Ceux qui doivent enregistrer sont le grevé acceptant, l'appelé majeur chargé de rendre, le tuteur ou curateur du grevé ou des appelés, le curateur à la substitution, le mari pour sa femme (art. 942). L'enregistrement doit se faire dans les six mois à compter de la date de la donation entre vifs ou du décès du testateur.

Tout paraît clair et simple. Il n'en est rien.

Sans doute l'accord est-il fait en doctrine et en jurisprudence sur ce que la substitution doit être spécialement enregistrée comme telle, c'est-à-dire indépendamment de l'enregistrement de l'acte qui la constitue. Une donation a-t-elle été enregistrée comme donation, il faut néanmoins enregistrer la substitution comme étant une opération distincte.

Tout irait pour le mieux si, précisément, les intéressés se conformaient à la loi en opérant ou en requérant l'enregistrement de la substitution. Ce n'est malheureusement pas ce qui se produit dans la pratique. Comme le note fort judicieusement Mignault, le registrateur "a pu oublier d'enregistrer la substitution soit intentionnellement ou par mégarde".<sup>92</sup> On peut également

<sup>89</sup>Vol. 5, p. 80.

<sup>90</sup>*Subst.*, par. 778.

<sup>91</sup>Voir pour le rappel historique: Mignault, Vol. 5, p. 33-35.

<sup>92</sup>Mignault, *op. cit.*, p. 36.

négliger l'enregistrement d'une substitution contenue dans une seconde donation ou dans un testament. Enfin, il peut arriver que ni la donation ni la substitution n'aient été enregistrées. C'est alors que les difficultés commencent : on peut se demander dans ce cas si l'on doit refuser aux héritiers du donateur le droit d'attaquer la donation contenant une substitution. Doit-on faire une scission entre la donation et la substitution en permettant aux héritiers du donateur de se prévaloir de l'art. 806 du Code civil, c'est-à-dire d'attaquer uniquement la donation? La question est très discutable car elle met en jeu tout le fondement même et la fonction sociale de l'enregistrement tant dans les donations que dans les substitutions. L'enregistrement des donations est requis pour révéler aux tiers l'existence même d'une donation. L'enregistrement de la substitution, comme institution autonome, est destiné à faire connaître de façon précise aux tiers que le donataire a surtout et avant tout la qualité de grevé de substitution. Mais par ailleurs, si l'on permet aux héritiers du donateur d'attaquer la donation en tant que telle pour défaut d'enregistrement, il ne semble pas qu'il y ait de raisons logiques de ne pas leur permettre d'attaquer également la substitution qui tombe d'elle-même puisqu'elle est incorporée à une donation qui n'est pas valable. Or, on se heurte ici à l'art. 940 qui dispose expressément que ni le substituant (donateur ou testateur) ni ses héritiers, ne peuvent se prévaloir du défaut d'enregistrement. On en arrive ainsi, par une fiction, que rien ne légitime en dehors de la volonté du législateur, à faire prévaloir la substitution sur la donation, à permettre la survie juridique d'une substitution créée par voie de donation, laquelle par hypothèse, n'est pas opposable aux héritiers du donateur pour défaut d'enregistrement. Ce principe paraît très contestable.

La règle que l'enregistrement doit se faire dans les six mois à compter de la date de la donation ou du décès du testateur, serait très claire également, si l'art. 941 n'avait cru devoir ajouter que l'enregistrement tardif n'a d'effet qu'à compter de sa date. N'est-ce par affirmer que le délai lui-même fixé de façon si impérative n'est pas au fond fatal?<sup>93</sup> N'est-ce pas indirectement saper du même coup toute l'institution de l'enregistrement des substitutions?

Comme pour compliquer à plaisir (et bien que dans la pensée du législateur ce fut un désir de simplification) l'art. 941 renvoie pour les effets de l'enregistrement des substitutions aux principes généraux de l'enregistrement posés notamment dans les art. 2083, 2098 et 2108 du Code civil en ce qui concerne les conflits possibles entre les tiers dont les droits ont été ou non enregistrés et le grevé ou les appelés. "Alors que l'art. 2098 ne donne aucun effet au transport consenti par un propriétaire parce que son titre de propriété n'est pas enregistré, ce titre fut-il parfait, l'art. 940 permet au contraire d'acquérir d'un grevé qui a charge de rendre, précisément parce que son titre n'est pas enregistré."<sup>94</sup>

---

<sup>93</sup>*Bulmer v. Dufresne*: Cassel's Digest, p. 553.

<sup>94</sup>Hon. Juge Martineau dans *Taillefer v. Langvin*, (1911) 39 C.S. 274 at p. 288.



On semble vouloir faire échapper la substitution à certains des effets normaux du droit général de l'enregistrement, alors qu'on la soumet dans son ensemble à ce même droit.

Ce manque de précision vient d'un vice plus fondamental et plus profond à savoir que, malgré la netteté de certains commentaires, on ne semble pas avoir réussi à définir le rôle exact ou la fonction propre de l'enregistrement comme notion juridique autonome.

Le désaccord est complet sur le rôle de l'enregistrement non pas tant comme notion de publicité que comme facteur de sécurité dans les transactions immobilières soit à l'encontre des tiers, soit à l'avantage de ceux-ci. Certains estiment qu'en vertu de l'axiome général que nul n'est censé ignorer la loi, l'enregistrement créerait à l'égard des tiers une présomption irréfragable qui rendrait par conséquent la substitution opposable à ces tiers dès que l'enregistrement est opéré. Certaines décisions judiciaires estiment que la présomption établie par cette mesure spéciale de publicité n'est qu'une présomption juris tantum. Elles considèrent que l'enregistrement "a pour effet de rendre la substitution publique, mais pas dans le sens que l'on dit. Il n'est dit nulle part dans nos lois d'enregistrement, que celui qui achète un terrain est présumé connaître toutes les charges enregistrées dont ce terrain peut être grevé."<sup>95</sup> On voit affirmer avec force et raison<sup>96</sup> que l'enregistrement "est si peu une publication, que les livres n'en sont pas ouverts au public et qu'il faut payer pour y avoir accès . . . Quels sont ceux qui connaissent les lois d'enregistrement autres que les avocats et les notaires! . . . L'enregistrement est une formalité qui rend possible la connaissance des actes, mais pas nécessairement."<sup>97</sup>

D'autres décisions voient dans le fait de l'enregistrement une simple présomption de fait.<sup>98</sup> "le fait de l'enregistrement d'une substitution n'est pas de notoriété publique. S'il résulte de cet engagement une présomption que la substitution est connue des tiers acquéreurs, cela constitue une présomption de fait." L'art. 2251 dont les termes sont généraux ne fait aucune distinction entre un droit enregistré, et un droit qui ne l'est pas; la bonne foi se présume toujours; celui qui invoque la mauvaise foi doit l'établir. L'intérêt pratique qui s'attache à cette question concerne le droit de prescription acquisitive des tiers acquéreurs en conflit avec le grevé ou l'appelé à la substitution.

<sup>95</sup>*Gagnon v. Ross*, (1956) C.S. 239: "L'existence d'un enregistrement de droit réel crée au moins une présomption juris tantum que le tiers acquéreur n'est pas de bonne foi; c'est à lui qu'incombe de repousser cette présomption." *Darling v. Bricault dit Lamarche et The C. Northern Montreal Land Cy. et Groulx*, (1924) 37 B.R. 388, (p. 392). Conf. 63 S.C.R. 31.

<sup>96</sup>*Laruc v. Pépin*, (1927) 43 B.R. 430.

<sup>97</sup>*Ibid.*, p. 443-444.

<sup>98</sup>*Beaudry v. Vandal* (1953) C.S. 328.

Ainsi donc, la technique même de l'enregistrement des substitutions se révèle impuissante à apporter cette sécurité que leurs auteurs auraient sans doute voulu porter au paroxysme de la perfection.

Les incertitudes doctrinales, les contradictions jurisprudentielles sur les principes et les idées de base n'ont pu réussir à dissiper le brouillard juridique qui enveloppe une fois de plus toute la matière des substitutions.

#### CONCLUSION GENERALE

Il faut maintenant tenter de tirer des conclusions précises et utiles de cette vue panoramique des substitutions car, il ne fait aucun doute pour nous que la substitution fidéicommissaire dans sa forme actuelle devrait être réformée. Peut-être même devrait-elle être complètement supprimée pour être remplacée par l'institution d'une réserve légale au profit des descendants directs.

L'examen de la création de la substitution a démontré (nous le pensons) combien il était difficile d'arriver à circonscrire en fait, pour la fixer, la véritable volonté du substituant, ce malgré les efforts remarquables de la jurisprudence. Sans doute les difficultés d'interprétation de la volonté créatrice du substituant ne sont-elles pas spéciales à la substitution; on les retrouve à propos de tous les contrats ou de tous les actes juridiques qui naissent de la volonté humaine; mais on ne peut s'empêcher de constater qu'en notre matière elles sont particulièrement compliquées par la loi elle-même.

Si le constituant est libre de créer une substitution directement ou indirectement par "implication"<sup>99</sup> c'est-à-dire sous la forme d'une défense d'aliéner, s'il veut également ne faire bénéficier de la substitution que certaines personnes nettement déterminées ou laisse ce soin au grevé à qui il fait confiance, par contre cette même volonté peut être mise en échec de par la volonté de la loi. L'amour familial dans l'ordre des substitutions ne peut excéder deux degrés non compris le substituant. Il faut ajouter que la substitution ne verra peut-être pas le jour malgré la volonté de son créateur puisque la loi permet indirectement à l'appelé de renoncer avant l'ouverture à son droit, et que de son côté le grevé peut faire remise anticipée à l'appelé de la substitution. N'y a-t-il pas là, indépendamment du caractère conditionnel qui s'attache à l'une et l'autre de ces opérations, un principe qui heurte de front le but même de la substitution? Dans le premier cas la substitution tombe contrairement à la volonté du substituant; dans le second elle s'ouvre contrairement à cette même volonté. Sans doute n'y a-t-il là qu'une ouverture et une remise provisoires, mais ce n'est pas moins contraire à la volonté exprimée du substituant.<sup>100</sup> La remise anticipée peut être dangereuse car elle met en péril les droits des tiers créanciers s'il y a collusion entre le grevé et l'appelé. Sans doute la loi vise-t-elle cette hypothèse, mais au fond c'est elle qui en prévoyant cette possibilité fait indirectement naître le conflit.

---

<sup>99</sup>Mignault, vol. 5, p. 131.

<sup>100</sup>Voir: (1898-99) 2 Revue du Notariat, 206; et (1915-16) 18 Revue du Notariat, p. 270.

Mignault et avec lui certains notaires de la Province de Québec<sup>101</sup> critiquent à juste titre les formules obscures conservées par les notaires et dont l'emploi contribue sinon à jeter, tout au moins à entretenir la confusion. "Certains notaires paraissent éviter l'emploi de termes propres et enveloppent la disposition comme à plaisir de nuages qu'il n'est pas toujours facile de percer." Peut-être ceci est-il dû à ce que ces formules si pieusement conservées de génération en génération dans les cabinets de notaires reflètent au fond l'origine frauduleuse de la substitution. Comme le notait l'hon. Thibeaudeau-Rinfret:<sup>102</sup> "il est bon d'observer dès le début que le fidéicommiss est né d'une idée de fraude, de l'intention de frauder la loi.", ce que cet hon. magistrat fait parfaitement ressortir dans tout son exposé. Lorsque le fidéicommiss est devenu une institution légale les formules n'ont pas été pour cela changées. Il serait sans doute de beaucoup préférable que toute personne qui veut créer une substitution le fasse réellement au grand jour et même soit contrainte d'employer le terme de substitution. C'est d'ailleurs le conseil donné par un notaire.<sup>103</sup> Ce procédé éviterait tout doute, à moins que avocats et notaires ne soient réellement désireux de faire trancher dans chaque cas des points de droit particulièrement délicats.

Nous avons vu combien sont grandes les difficultés d'interprétation relatives à la désignation véritable de l'appelé lorsque les termes employés par le substituant sont des termes collectifs. Le fait pour le substituant d'imposer, même pour deux générations seulement, un ordre de succession pour le transfert des biens frappés de substitution est fondamentalement contraire au principe que toute personne capable et maîtresse de ses droits a, surtout ici où il n'y a pas de réserve légale, le droit de disposer librement de ses biens. Cet ordre conventionnel de succession heurte ce principe fondamental dont par ailleurs les codificateurs se sont faits hautement les champions. Ainsi se sont-ils mis eux-mêmes en contradiction.

L'incertitude qui règne sur le sort des biens substitués avant l'ouverture de la substitution n'est pas moins regrettable. Les tiers qui ont acquis des droits sur ces biens soit du grevé, ou de l'appelé sont dans une situation incertaine éminemment préjudiciable à la sécurité qui devrait régner dans les relations juridiques. Les uns et les autres ignorent le plus souvent l'existence même de la substitution. L'enregistrement destiné dans la pensée du législateur à assurer la sécurité par rapport aux tiers ou pour ceux-ci manque son rôle au départ. En effet, il repose sur une double et fausse présomption: il suppose en effet que les intéressés, grevé, appelé, curateur s'il est nommé,

---

<sup>101</sup>Vol. V p. 1, note (a). L. P. Sirois (1901-02) 4 *Revue du Notariat*, p. 225. Plusieurs juges en rendant leurs jugements n'ont pas été tendres pour les notaires examinant les actes sur lesquels ils avaient à se prononcer; il faut admettre que parfois ils n'avaient pas tort . . . nous formulons le voeu que si un testateur veut créer une substitution, disons-le clairement . . . n'ayons pas peur d'employer le mot" (p. 236).

<sup>102</sup>*Revue du Barreau*, (1942), p. 274.

<sup>103</sup>Voir note 101.

n'ignorent pas la nécessité de faire cet enregistrement; or sur ce premier point ils peuvent croire que l'enregistrement de la donation ou du testament est suffisante normalement, ce qui juridiquement est controuvé; il suppose aussi que les tiers ont connaissance de l'existence d'une substitution, ce qui n'est pas exact non plus en fait.

Tout l'édifice s'écroule donc. Les conflits entre les tiers acquéreurs, le grevé, l'appelé ou les héritiers et ayant droit, commencent et s'engagent dans le dédale inextricable des complications propres aux dates d'enregistrement et surtout au fait que la substitution bien qu'enregistrée tardivement peut cependant faire parfois échec aux droits des tiers.

La position incertaine du curateur qui n'est à proprement parler ni un véritable représentant ni un mandataire légal, ni une sorte de contrôleur de ces biens, dont on ne sait même pas s'ils constituent une masse autonome, n'est guère encourageante pour le maintien de cette institution. Les efforts de la jurisprudence pour tenter de clarifier sa situation juridique se heurtent tantôt à des textes imprécis par leur étendue, tantôt à des textes trop étroits et limitatifs, si l'on veut prendre en considération la volonté réelle du substituant. Il est hors de doute qu'en créant une substitution l'instituant entend sous le couvert de la loi que les biens ne soient pas aliénés puisqu'il veut les faire rendre dans leur intégrité à l'appelé. Or, au cours de la substitution, et dès avant son ouverture, ce sont des conflits d'intérêt qui vont surgir entre le grevé et les appelés. Si donc on désire véritablement assurer le respect de la volonté du substituant, il faudrait précisément conférer pendant cette période des pouvoirs réels au curateur qui serait mis dans la situation d'un trustee. Il devrait représenter les intérêts supérieurs de la substitution considérée comme une masse autonome qui, dès lors s'apparenterait dans sa finalité à une sorte de réserve. Or, nous avons vu qu'il n'en est rien. En outre les sanctions qui frappent le grevé qui viendrait à dissiper et abuser de ses pouvoirs sont vraiment hors de proportion avec ce que le bon sens ordonne, et deviennent presque ridicules. En effet, le grevé sera simplement assujéti dans ce cas à donner caution, et à souffrir l'envoi en possession provisoire de l'appelé à titre de séquestre. Tandis que si le grevé néglige de faire dresser inventaire il est privé des fruits de la substitution. Il est à noter que cet envoi en possession n'est que provisoire et que la loi n'a même pas été jusqu'à exiger la restitution définitive au profit de l'appelé. Sans doute peut-on soutenir qu'elle ne pouvait le faire puisque jusqu'à l'ouverture prévue le droit de l'appelé n'est qu'éventuel. Ainsi la loi se trouve prise à son propre piège à raison de la nature de ces droits conditionnels superposés et concurrents. Si l'on ne peut que s'incliner devant cette rigueur logique, il est permis toutefois d'en regretter l'existence.

Enfin, à l'incertitude que la substitution engendre dans le domaine des affaires, c'est-à-dire du crédit, s'ajoute également et par-dessus tout le fait que, en soi, et en fonction de l'établissement d'une simple volonté individuelle,

un ordre successoral est établi pour au moins deux générations. La substitution produit ainsi au point de vue économique le gel de la circulation des biens, principe anti-économique. La situation est tellement grave que déjà en 1936 Me Venne signalait que plus de deux cent bills privés avaient été octroyés par la législature de la Province de Québec pour accorder au grevé des pouvoirs que l'acte constitutif ne lui accorde pas. C'est sans doute là un bienfait, mais force est de reconnaître que c'est une situation plutôt regrettable qui met en évidence les lézardes de l'institution.

Destinée peut-être à éviter des procès dans les familles la substitution est devenue en fait une source de procès regrettables.

Supprimée, cette institution devrait être remplacée par l'introduction d'une réserve canadienne-française.

# THE MCGILL LAW JOURNAL

---

---

## EDITORIAL BOARD

HAROLD W. ASHENMIL

*Editor-in-chief*

IRVING I. FINKELBERG  
*Managing Editor*

BENJAMIN J. GREENBERG  
*Executive Editor*

ROLLIN L. GALLAY  
*Co-Ordinate Editor*

DEREK A. HANSON  
*Advertising Editor*

D. A. B. STEEL  
*Articles Editor*

J. ARCLLEN BLAKELY  
*Advertising Editor*

NICOLE B. VAILLANCOURT  
*Circulation Editor*

MORTIMER M. TEITELBAUM  
*Comment Editor*

WILLIAM N. GAGNON  
*Circulation Editor*

### *Editorial Assistants*

RAYMOND T. BARAKETT, JEAN-LOUIS BAUDOIN, B. ROBERT BENSON, YOINE  
J. GOLDSTEIN, J. PHILIPPE GUAY, DONALD J. JOHNSON, PIERRE LAMONTAGNE,  
SYDNEY B. SEDEROFF, CLAUDE ARMAND SHEPPARD, MARY R. STAVERT.

*Faculty Adviser:* ASSOC. PROF. J. G. CASTEL