

cette nouvelle libéralité : toute donation doit être acceptée; dans l'espèce, l'acceptation est essentielle, puisque le donataire se soumet à une charge qui altère son droit de propriété. On applique les principes généraux sur l'acceptation, puisque la loi n'y déroge point. La nouvelle libéralité peut aussi être faite par testament; il faudra l'acceptation du legs qui impose la charge. Quand le donataire a accepté, la loi ne lui permet plus de revenir sur son consentement; il est lié par un quasi-contrat, dit Furgole. Il y a quasi-contrat, dans la doctrine des anciens jurisconsultes, quand le légataire accepte un legs grevé d'une charge; si c'est une donation, il y a contrat, mais un contrat d'une nature tout à fait particulière, puisqu'il modifie un premier contrat irrévocable.

Le code ne dit point quel sera l'effet de la substitution à l'égard des tiers. D'après l'ordonnance de 1747 (art. 17), la substitution n'avait d'effet que du jour de l'acceptation. Si les auteurs du code n'ont pas reproduit cette disposition, c'est qu'elle était inutile; il va sans dire qu'une substitution qui résulte d'un contrat ne peut exister que du moment où le concours de consentement existe. Les droits acquis aux tiers sont maintenus (1).

#### § IV. *Formes.*

**537.** Aux termes des articles 1048 et 1049, la substitution peut se faire par acte entre-vifs ou testamentaire. La substitution est donc un acte solennel qui n'existe que lorsque les formes légales ont été remplies. Nous renvoyons, pour ce qui concerne les formes, à ce qui a été dit sur les solennités des donations et des testaments.

L'application de ce principe donne lieu à une difficulté de théorie qui est très-embarrassante. Toute libéralité doit être acceptée, la donation doit même l'être expressément, à moins qu'elle ne soit faite par contrat de mariage (art. 1087). Or, la substitution contient deux libé-

(1) *Commentaire de Furgole sur l'ordonnance de 1747* (t. VII, p. 73 et suiv.) Duranton, t. IX, p. 538, nos 533-535.

ralités, l'une au profit de l'institué, l'autre au profit du substitué. La première reste sous l'empire du droit commun. Mais comment les substitués accepteront-ils? Des enfants qui ne sont pas encore conçus peuvent-ils accepter? et s'ils ne le peuvent, comment y aura-t-il donation? Chaque interprète a son explication, ce qui prouve déjà qu'il s'agit d'une anomalie juridique. Pothier imagine un quasi-contrat que la loi forme entre le donataire et le substitué. C'est dire que le donataire est obligé de rendre les biens au substitué en vertu de la loi et sans que le substitué ait besoin d'accepter. Pothier constate le fait plutôt qu'il ne l'explique. A vrai dire, il n'y a pas d'explication à en donner si l'on reste sur le terrain du droit commun. Toullier recourt au droit naturel et à l'équité. Autant vaut avouer que les substitutions sont une anomalie et qu'il faut les accepter telles que le législateur les consacre (1).

#### § V. *Mesures conservatoires.*

##### N° 1. NOMINATION D'UN TUTEUR.

**538.** La loi veut qu'il y ait un tuteur qui veille à l'exécution de la substitution. Cette mesure est prescrite d'une manière absolue, sans distinguer s'il y a des appelés, s'ils sont majeurs ou mineurs. Elle est nécessaire pour les enfants déjà nés aussi bien que pour les enfants à naître, pour les majeurs comme pour les mineurs. En effet, les substitutions permises sont faites dans un esprit de défiance, par la crainte que l'institué ne dissipe les biens; or, l'institué est le père des substitués; comment veut-on que ceux-ci veillent eux-mêmes à leurs intérêts? Ce serait charger les enfants de surveiller leurs parents. Il faut donc qu'un tiers intervienne pour sauvegarder les intérêts des enfants sans blesser le respect qu'ils doivent à leur père (2).

(1) Voyez les diverses explications données par Toullier, t. III, 1, p. 406, n° 735. Coin-Delisle, n° 44 de l'article 1048; Marcadé, t. IV, p. 161, n° 1 de l'article 1053. Demolombe, t. XXII, p. 418, n° 441.

(2) Demolombe, t. XXII, p. 440, n° 462.

Cette tutelle n'a rien de commun avec la tutelle ordinaire; celle-ci est donnée à la personne dont elle couvre l'incapacité; tandis que les substitués dans l'intérêt desquels on nomme un tuteur ne sont pas des incapables; cela est évident lorsqu'ils sont majeurs, et s'ils sont mineurs, ils ont un protecteur légal qui les représente dans tous les actes de la vie civile. De là suit qu'il n'y a pas lieu à subrogée tutelle; l'article 420, qui veut qu'il y ait un subrogé tuteur dans toute tutelle, n'est applicable qu'à la tutelle ordinaire. Pour la même raison, l'on admet que les substitués n'ont pas d'hypothèque légale sur les biens de leur tuteur (1). Nous reviendrons sur ce point.

**539.** Par qui le tuteur est-il nommé? L'auteur de la disposition peut le nommer, soit dans l'acte qui contient la disposition, soit par un acte postérieur en forme authentique. Cette dernière forme a donné lieu à une difficulté qui divise les auteurs. Les uns disent que les termes de l'article 1055 excluent le testament olographe; les autres enseignent que la nomination peut se faire en cette forme. Cette dernière opinion est certainement plus rationnelle; si le tuteur peut être nommé dans le testament olographe qui renferme la substitution, pourquoi ne pourrait-il pas l'être dans un testament olographe postérieur (2)? Mais comment concilier cette interprétation avec le texte? n'est-ce pas effacer de la loi les mots *ou par un acte postérieur en forme authentique*? et l'interprète peut-il altérer le texte? Nous croyons que ces mots ont pour objet, non d'exiger un acte authentique, mais de permettre au testateur de faire la nomination par un acte authentique sans recourir aux formes solennelles du testament par acte public. Le code permet au disposant de nommer le tuteur dans le testament olographe qui établit la substitution; par cela même il peut le faire dans un testament postérieur, qui ne sera qu'une annexe du premier. Si le testateur ne sait ou ne peut écrire et s'il a fait la substitution par testament public, il pourra ensuite

(1) Duranton, t. IX, p. 550, n° 563, et tous les auteurs.

(2) Voyez, en sens divers, les auteurs cités par Aubry et Rau (t. VI, p. 42, note 27), et par Demolombe, t. XXII, p. 444, n° 467.

nommer le tuteur par un simple acte authentique. C'est le système que la loi suit dans l'article 1035; on peut interpréter dans le même sens l'article 1055 sans faire violence au texte.

Le tuteur nommé par le disposant peut-il refuser? La loi assimile, sous ce rapport, la tutelle fidéicommissaire à la tutelle ordinaire; le tuteur ne peut donc s'excuser que pour une des causes légales d'excuse que la loi admet pour la tutelle des mineurs (art. 1055).

**540.** « A défaut de ce tuteur, dit l'article 1056, il en sera nommé un à la diligence du grevé ou de son tuteur, s'il est mineur, dans le délai d'un mois à compter du jour du décès du donateur ou testateur, ou du jour que, depuis cette mort, l'acte contenant la disposition aura été connu. » La loi ne dit pas par qui le tuteur sera nommé. On admet que c'est par le conseil de famille; nous préfererions l'intervention du tribunal, qui aurait offert plus de garantie que celle d'un conseil de famille que l'on ne sait pas même comment composer et qui, en tout cas, s'intéresse fort peu au sort de la substitution. Mais en l'absence d'un texte, il est impossible de reconnaître compétence au tribunal. Dans le système du code, c'est le conseil de famille qui nomme le tuteur; il y a là un argument d'analogie incontestable.

Comment composera-t-on le conseil de famille? Il faut encore procéder par analogie. C'est dans l'intérêt des substitués que le tuteur est nommé, c'est donc dans la famille des substitués qu'il faudra prendre les membres du conseil. Mais il se peut qu'il n'y ait pas encore d'appelés à la mort du donateur ou du testateur. Dans ce cas, il faudra forcément composer le conseil des parents ou alliés du grevé. Devant quel juge de paix le conseil de famille se réunit-il? Lorsqu'il s'agit de nommer un tuteur à un mineur, le conseil doit se réunir devant le juge de paix du domicile de ce mineur. En ce point, il n'y a pas d'analogie entre la tutelle ordinaire et la tutelle fidéicommissaire; ce n'est pas à des mineurs incapables que le tuteur est nommé, c'est à la substitution, donc aux biens, à l'hérédité; il est logique que le conseil se réunisse là

où la succession s'est ouverte. Telle est aussi la décision du code dans le cas où la nomination est requise par le ministère public; l'article 1057 charge de ce soin le procureur impérial près le tribunal du lieu où la succession s'est ouverte (1).

La loi laisse au conseil de famille pleine liberté pour le choix du tuteur. Il ne faut cependant pas que le conseil abuse de cette liberté pour nommer le substitué tuteur; cela s'est vu, ce qui prouve quelle confiance on peut avoir dans les conseils de famille. Nomme-t-on surveillant celui dans l'intérêt duquel la surveillance est établie? nomme-t-on le fils surveillant de son père? Il va sans dire que cette étrange nomination a été annulée (2).

**541.** Quand le tuteur doit-il être nommé? Le texte de la loi que nous avons transcrit (n° 540) répond à la question. Il en résulte qu'il ne doit pas y avoir de tuteur du vivant du donateur. La raison en est que personne plus que l'auteur de la disposition n'a intérêt et qualité pour en surveiller l'exécution. C'est donc le donateur qui servira de tuteur, et ce n'est qu'à sa mort qu'il en sera nommé un autre.

**542.** Si le grevé ne satisfait pas à l'obligation que la loi lui impose de faire nommer un tuteur, « il sera déchu du bénéfice de la disposition et, dans ce cas, le droit pourra être déclaré ouvert au profit des appelés, à la diligence des personnes indiquées par l'article 1057. » Comment faut-il entendre ces termes de la loi : *il sera déchu*? On est étonné de voir la question controversée, du moins par les auteurs; car la jurisprudence n'a jamais hésité, elle s'en est tenue au texte, et le texte ne laisse aucun doute, il est impératif; il prononce la déchéance comme peine de l'inobservation de la loi. Demandra-t-on pourquoi la loi se montre si sévère alors qu'il ne s'agit que d'une simple formalité? La cour de Paris répond que le tuteur est placé entre les parents et leurs enfants pour protéger les droits de ceux-ci. Cette protection doit com-

(1) Angers, 12 avril 1852 (Daloz 18 2, 2 213).

(2) Angers, 17 juin 1825 (Daloz, au mot *Tierce opposition*, n° 148, 2°).

mencer dès que la gestion des grevés commence; car ils pourraient faire un mal irréparable aux appelés s'il était en leur pouvoir de disposer des valeurs mobilières sans contrôle et de dégrader les immeubles sans surveillance qui les arrête (1).

Cependant il ne faut pas outrer la rigueur de la loi. On a prétendu que la déchéance était prononcée par la loi, de sorte qu'elle existerait de plein droit sans intervention du juge. Cette interprétation a été repoussée par la jurisprudence et avec raison. La déchéance est une peine, elle implique donc une faute, et la faute doit être appréciée par le juge. Le grevé peut se trouver dans l'impossibilité de satisfaire à la loi; il est dans un pays lointain quand il apprend la mort du disposant et qu'on lui donne connaissance de la disposition; un mois peut ne pas lui suffire pour faire nommer un tuteur. Une maladie, tout autre accident de force majeure peut l'en empêcher. Nous croyons qu'il faut aller plus loin; ce n'est pas seulement en cas d'impossibilité que la déchéance ne doit pas être prononcée, il suffit que le grevé ne soit pas en faute, et le tribunal a nécessairement un pouvoir d'appréciation quand il s'agit de prononcer une peine aussi grave (2).

De ce que la déchéance n'a pas lieu de plein droit, il résulte que les droits du grevé restent entiers, malgré la faute qu'il a commise; tous les actes qu'il fait sont valables, à l'égard des tiers, jusqu'au jour où une sentence du juge aura prononcé sa déchéance (3).

**543.** L'article 1057 ajoute : « Et dans ce cas le droit pourra être déclaré ouvert au profit des appelés, à la diligence, etc. » Cela veut-il dire qu'il dépend des tribunaux de prononcer l'ouverture du droit? Sur ce point, il y a une nouvelle controverse qui s'est reproduite dans les décisions judiciaires. Le mot *pourra* semble indiquer une

(1) Paris, 29 mai 1841, et Rejet, 17 avril 1843 (Daloz, au mot *Substitution*, n° 363). Orléans, 9 avril 1867 (Daloz, 1867, 2, 53).

(2) Bruxelles, 21 juin 1824 (*Pasicrisie*, 1824, p. 144). Cour de cassation de Belgique, 25 juin 1840 (*Pasicrisie*, 1840, 1, 418). Comparez Mourlon, t. II, p. 420; Aubry et Rau, t. VI, p. 43; Demolombe, t. XXII, p. 452, n° 474.

(3) Arrêt précité (note 2) de la cour de cassation de Belgique.

faculté; on en a conclu que la déchéance est facultative ainsi que l'ouverture du droit des appelés (1). Le mot *pourra* reçoit encore une autre interprétation; il se rapporte aux personnes appelées par la loi à demander l'ouverture du droit des appelés contre le grevé négligent: cette interprétation concilie seule le texte avec les principes. La déchéance étant commandée par la loi, doit être prononcée dès qu'il y a faute; et dans l'intérêt de qui est-elle prononcée? Dans l'intérêt des appelés; elle doit donc avoir pour conséquence l'ouverture de leur droit. L'article 1053 est conçu dans le même sens; il porte que les droits des appelés seront ouverts à l'époque où, *par quelque cause que ce soit*, la jouissance du grevé cessera; donc la déchéance du grevé a pour conséquence nécessaire l'ouverture du droit des appelés (2).

**544.** Nous avons supposé qu'il y a des appelés, et à la mort du disposant il peut ne pas y en avoir. Cela n'empêche pas que la déchéance ne doive être prononcée. Mais il est impossible, dans ce cas, de déclarer le droit ouvert au profit des appelés, puisqu'il n'y en a pas. Le tribunal devra prescrire des mesures conservatoires en faveur des enfants à naître. On a prétendu que les biens substitués devaient retourner aux héritiers légitimes du disposant. Cela n'est pas admissible; les héritiers du disposant ne peuvent pas profiter d'une déchéance qui leur est étrangère; elle n'est prononcée qu'en faveur des appelés, elle ne doit profiter qu'à eux. S'il n'y a pas d'appelés, s'il ne naît pas d'enfant, la substitution devient caduque, et cette caducité profite naturellement à l'institué. La déchéance au cas où il n'y aurait pas d'appelés est donc conditionnelle. S'il y a des appelés, le droit sera déclaré ouvert en leur faveur, sauf au tuteur à veiller aux intérêts des enfants à naître (3).

**545.** On demande si le grevé mineur encourt la dé-

(1) Colmar, 14 août 1840 (Dalloz, n° 364). Dans le même sens, Grenier, Vazeille et Troplong.

(2) Orléans, 9 avril 1867 (Dalloz, 1867, 2, 58). Aubry et Rau, t. VI, p. 43, note 29 et les auteurs qui y sont cités.

(3) Duranton, t. IX, p. 554, n° 567. Demolombe, t. XXII, p. 455, nos 477 et 478.

chéance prononcée par l'article 1057? L'article 1074 répond à la question. « Si le grevé est mineur, il ne pourra, dans le cas même de l'insolvabilité de son tuteur, être restitué contre l'inexécution des règles qui lui sont prescrites par les articles du présent chapitre. » Malgré un texte aussi formel, il y a controverse. Troplong décide, ainsi que Coin-Delisle, que le mineur ne sera pas déchu; c'est le tuteur, dit-il, qui est coupable de négligence, et on ne peut pas faire retomber sur le mineur une peine qui n'est prononcée que contre la personne même du grevé. Et que fait-on de l'article 1074? que fait-on de l'article 450 qui donne au tuteur le pouvoir de représenter le mineur dans tous les actes civils? que fait-on du principe qui découle de cet article, que le fait du tuteur est le fait du mineur? que fait-on de cet autre principe que le mineur ne peut être restitué contre la mauvaise gestion du tuteur, quand le tuteur a agi dans les limites de ses attributions? Les textes et les principes ont une certitude qui nous dispense d'insister (1).

**546.** Par qui la déchéance du grevé est-elle provoquée? L'article 1057 ne le dit pas; il indique les personnes qui doivent demander la déclaration d'ouverture du droit au profit des appelés; ces mêmes personnes ont aussi le droit et le devoir de poursuivre la déchéance; car la déchéance n'est prononcée que pour faire déclarer le droit ouvert. Les appelés, s'ils sont majeurs, peuvent agir; et s'ils sont mineurs ou interdits, leur tuteur agira. La loi ajoute ou *curateur*; c'est une négligence de rédaction. Dans notre droit moderne, les interdits sont sous tutelle comme les mineurs. Le législateur a dû prévoir que les appelés n'agiraient point, puisqu'ils devraient agir contre leur père. Voilà pourquoi elle donne à tout parent des substitués, capable ou non, le droit de provoquer la déchéance du grevé, et elle donne le droit au procureur du roi d'agir d'office.

**547.** Quelles sont les fonctions du tuteur? L'article 1073

(1) Aubry et Rau, t. VI, p. 44 et note 30. Demolombe, t. XXII, p. 453, n° 475. En sens contraire, Coin-Delisle, p. 543, n° 6 de l'article 1057; Troplong, t. II, p. 294, n° 2263.

dit qu'il doit faire toutes les diligences nécessaires pour que la charge de restitution soit bien et fidèlement acquittée. Il est responsable, dit la loi, s'il ne remplit pas cette obligation qui lui incombe par la nature même de sa charge. La loi elle-même précise ce qu'il doit faire en ce qui concerne les mesures conservatoires, l'inventaire, la vente du mobilier, l'emploi des deniers, la publicité de l'acte. En dehors des dispositions expresses du code, il est difficile de définir exactement les droits et les obligations du tuteur. Il est certain que ce n'est pas lui qui administre; c'est le grevé qui est propriétaire, il peut faire tous les actes de disposition et à plus forte raison les actes d'administration; le tuteur n'a pas le droit d'y intervenir. Sa seule mission est de veiller aux intérêts des grevés, il doit faire les diligences nécessaires, dit l'article 1073, pour que les biens soient restitués aux appelés. C'est donc seulement quand un acte du grevé peut compromettre la restitution des biens que le tuteur a le droit d'agir. Il a été jugé, et avec raison, que le tuteur n'avait pas le droit de diriger de son chef, et malgré le grevé, des actions concernant les biens substitués; ce serait se mettre à la place du propriétaire et entraver l'exercice de la propriété; la loi ne donne pas ce pouvoir au tuteur (1). Mais il a été jugé aussi que le tuteur a qualité pour requérir l'emploi de mesures propres à empêcher la dissipation des biens substitués (2). Le droit est certain, c'est au tribunal à décider si le tuteur en fait un usage légitime.

N° 2. DE L'INVENTAIRE.

**548.** « Après le décès de celui qui aura disposé à la charge de restitution, il sera procédé, dans les formes ordinaires, à l'inventaire de tous les biens et effets qui composeront sa succession » (art. 1058). La loi oblige tous ceux qui doivent restituer les biens dont ils ont l'administration à en faire inventaire; tels sont les envoyés

(1) Metz, 13 juillet 1865 (Daloz, 1865, 2, 126).

(2) Caen, 12 juin 1854 (Daloz, 1855, 2, 193).

en possession des biens d'un absent (art. 126), les tuteurs (art. 451), les usufruitiers (art. 600), les successeurs irréguliers qui demandent l'envoi en possession (art. 769). Ces derniers sont plus qu'administrateurs, ils sont propriétaires, mais s'il se présente des héritiers légitimes, ils sont tenus de restituer les biens. Il n'y a qu'une garantie pour la restitution des biens, c'est l'inventaire. Les grevés étant chargés de conserver et de rendre les biens, la loi a dû les obliger d'en faire inventaire.

D'ordinaire l'inventaire ne porte que sur le mobilier. L'article 1057 veut qu'inventaire soit fait de *tous les biens* et effets de la succession; il faut donc que l'inventaire comprenne même les immeubles. Comme le disponible seul peut être grevé de substitution, la succession du disposant se composera le plus souvent de deux parties, la réserve et le disponible; il faut donc que tous les biens soient inventoriés pour que l'on sache quels biens sont réservés, quels biens sont substitués. Si la substitution ne porte pas sur la quotité disponible, si elle n'a pour objet que des biens particuliers, l'inventaire n'a plus de raison d'être; aussi l'article 1058 dit-il qu'il ne doit pas y avoir d'inventaire lorsqu'il ne s'agit que d'un legs particulier. Le legs même déterminera suffisamment les choses grevées de substitution. Que si la substitution est faite par donation, l'acte doit également préciser la chose donnée et même contenir un état estimatif pour le mobilier (art. 948); la loi ne prescrit pas cette formalité pour les legs de choses mobilières; il importe cependant qu'on en dresse un état estimatif, afin d'en empêcher le détournement ou la dissipation.

L'inventaire doit se faire dans la forme ordinaire, c'est-à-dire par acte notarié; il doit contenir la prise à juste prix des meubles et effets mobiliers (art. 1058). C'est à la requête du grevé de restitution que l'inventaire doit être dressé. L'article 1059 ajoute qu'il y doit être procédé dans le délai fixé au titre des *Successions*; c'est le délai de trois mois; il va sans dire qu'il ne peut être question des quarante jours pour délibérer, puisque, dans l'espèce, il n'y a pas lieu à délibérer; ce qui n'empêche pas le grevé