

L'action en nullité doit-elle être portée devant la cour d'appel qui a admis l'adoption, ou devant le tribunal de première instance du domicile du défendeur? Merlin dit qu'il est de principe que les actes de juridiction volontaire peuvent être révoqués par le tribunal même qui les a faits. Le principe, nous semble-t-il, ne reçoit pas d'application à l'adoption. En effet, ce n'est pas exclusivement un acte de juridiction volontaire accompli par le tribunal; tout ce que l'on peut dire, c'est que le juge y intervient à titre de juridiction volontaire; mais, comme nous venons de le dire, le consentement des parties est aussi un élément essentiel, ainsi que l'intervention de l'officier de l'état civil. Il faut donc dire qu'il s'agit d'attaquer un acte solennel et non un acte de juridiction gracieuse. Dès lors le principe invoqué par Merlin doit être écarté, et par suite l'action en nullité est régie par le droit commun. On objecte qu'il en résultera qu'un tribunal de première instance annulera ce que la cour d'appel a déclaré valable. Nous avons répondu d'avance à l'objection. La cour d'appel ne porte pas d'arrêt proprement dit, et l'adoption ne résulte pas de sa décision. La doctrine et la jurisprudence sont d'accord sur tous ces points (1).

(1) Demolombe, t. VI, p. 179, n° 211. Dalloz, au mot *Adoption*, n° 159 et 160.

CHAPITRE II.

DE L'ADOPTION TESTAMENTAIRE.

SECTION I. — De la tutelle officieuse.

§ 1^{er}. Conditions.

237. On définit la tutelle officieuse un contrat de bienfaisance par lequel le tuteur, dit officieux, se charge d'administrer gratuitement la personne et les biens du pupille, et s'oblige en outre de l'élever à ses frais et de le mettre en état de gagner sa vie (1). Les auteurs du code ont organisé la tutelle officieuse pour faciliter l'adoption. L'une des conditions de l'adoption ordinaire est que l'adoptant ait fourni pendant six ans des secours à l'adopté mineur; et quand même cette condition, déjà rigoureuse, est remplie, l'adoption deviendrait impossible si l'adoptant venait à mourir avant que l'adopté fût majeur. Si l'adoptant est tuteur officieux, il peut adopter son pupille par testament, pendant sa minorité, et après cinq ans seulement de soins.

Duranton dit que les dispositions sur la tutelle officieuse sont, pour ainsi dire, un objet de luxe dans le code. Il ajoute que la raison en est simple : on ne veut pas contracter de pareils engagements sans avoir acquis la certitude morale que l'enfant sera digne du bienfait qu'on veut lui conférer (2). Quant à la facilité que la tutelle donne pour l'adoption, elle suppose que l'adoption est un fait usuel. L'adoption n'étant pas entrée dans nos mœurs, on conçoit que la tutelle officieuse soit encore moins pratiquée. C'est à peine si l'on en trouve un exemple. Le droit n'étant pas une science de luxe, nous nous bornerons

(1) Proudhon, *Traité sur l'état des personnes*, t. II, p. 227.
(2) Duranton, *Cours de droit français*, t. III, p. 266, n° 274.

à exposer sommairement les conditions et les effets de la tutelle officieuse.

238. Les conditions que la loi exige pour la tutelle officieuse sont analogues à celles qu'elle établit pour l'adoption. C'est le Tribunal qui a établi ce principe; il est très-logique, puisque, dans l'esprit du code, la tutelle officieuse est le préliminaire de l'adoption (1). Par application de ce principe, le tuteur officieux doit être âgé de plus de cinquante ans; l'on a maintenu cette condition, afin que la tutelle officieuse, faite en vue d'une adoption, ne détourne pas du mariage. Le tuteur ne doit avoir ni enfants ni descendants légitimes; s'il en a, l'adoption et par suite la tutelle officieuse n'a plus de raison d'être. S'il est marié, le consentement de son conjoint est nécessaire, pour que la tutelle ne devienne pas une cause de désunion dans la famille du tuteur (art. 361-362).

L'enfant doit être mineur, âgé de moins de quinze ans, puisque l'adoption, dont la tutelle est le préliminaire, n'est permise que si l'adoptant a donné pendant six ans des soins à l'adopté mineur (art. 364).

La tutelle se forme par concours de consentement. C'est le juge de paix qui dresse l'acte ou le procès-verbal, comme dit l'article 363. L'enfant ne pouvant pas consentir, ses père et mère, ou le survivant, ou le conseil de famille sont appelés à consentir en son nom. Si l'enfant n'a pas de parents connus, la loi exige le consentement des administrateurs de l'hospice où il aura été recueilli; et s'il a été reçu dans une famille particulière, la municipalité, c'est-à-dire le maire en France, en Belgique le conseil communal, doivent donner leur consentement (art. 361).

§ II. Effets de la tutelle officieuse.

239. La tutelle est un préliminaire de l'adoption, mais le tuteur ne s'engage pas à adopter son pupille. Dans cette incertitude sur le sort de l'enfant, ses père et mère, ou ceux qui lui tiennent lieu de parents pourraient refuser de

(1) Observations du Tribunal, n° 13 (Loché, t. II, p. 258).

remettre l'enfant entre les mains de celui qui veut devenir son tuteur officieux, à moins que la tutelle, par elle-même, ne présente des avantages certains pour l'enfant. C'est dans cette vue que la loi impose des obligations au tuteur, obligations qui constituent un bienfait pour l'enfant, alors même qu'il ne serait pas adopté.

D'abord les père et mère, ou ceux qui les représentent peuvent faire avec le futur tuteur telles conventions qu'ils jugent convenables. Sans préjudice de ces stipulations particulières, dit l'article 364, la tutelle officieuse emporte avec soi l'obligation de nourrir le pupille, de l'élever et de le mettre en état de gagner sa vie. La loi ajoute que les dépenses d'éducation ne peuvent pas être imputées sur les revenus du pupille, en supposant qu'il ait quelque bien (art. 365). Cela allait presque sans dire, la tutelle étant un contrat de bienfaisance.

Il se peut que le tuteur vienne à mourir pendant la minorité du pupille. S'il l'a adopté par testament, on applique les principes sur la tutelle testamentaire que nous exposerons plus loin. Mais si le tuteur mourait avant qu'il se soit écoulé cinq ans depuis la tutelle, l'adoption serait impossible; et, lors même que les cinq ans seraient révolus, il peut arriver que le tuteur ne veuille pas adopter son pupille. Dans l'une et l'autre hypothèse, la loi décide que l'obligation alimentaire contractée par le tuteur passe aux héritiers: ceux-ci devront fournir à l'enfant, pendant sa minorité, des moyens de subsister (art. 367). On voit qu'il y a des obligations qui sont personnelles au tuteur et qui, à ce titre, s'éteignent avec sa mort, ce sont les soins qu'il s'est engagé à donner à l'éducation de l'enfant; il n'y a que les aliments proprement dits qui sont considérés comme une dette réelle. Nous ne connaissons pas de bonne raison de cette distinction; toujours est-il qu'elle résulte des textes (1).

240. La tutelle officieuse produit aussi des effets, comme tutelle, pendant la minorité du pupille. Puisque le tuteur

(1) Prondhon, *Traité sur l'état des personnes*, t. II, p. 231. Zachariae est d'un avis contraire, mais il ne donne pas de motifs (t. IV, édition d'Aubry et Rau, p. 31, et note 6).

officieux contracte l'obligation d'élever son pupille, il doit naturellement avoir soin de sa personne. Quelle sera l'étendue de ses pouvoirs? Il est tuteur, il a donc les pouvoirs que toute tutelle donne. Les principes généraux du code doivent recevoir leur application, par cela seul que la loi n'y déroge pas. Si le pupille était en tutelle, l'article 365 dit formellement que l'administration de sa personne et de ses biens passera au tuteur officieux. Si le pupille a encore ses père et mère, ceux-ci conserveront la puissance paternelle, parce qu'elle est d'ordre public et ne peut se déléguer. Si l'un des père et mère était décédé, la tutelle appartiendrait au tuteur officieux et la puissance paternelle au conjoint survivant (1).

Nous disons que la tutelle du tuteur officieux est régie par les principes généraux, quant à ses droits sur la personne du pupille. En ce qui concerne les biens, la loi se borne à dire que le tuteur est comptable (art. 370) et qu'il ne peut pas porter en compte les dépenses d'entretien et d'éducation. Faut-il appliquer les autres règles de la tutelle? L'affirmative résulte du texte de l'article 365 : « Si le pupille était antérieurement en tutelle, l'administration de ses biens comme celle de sa personne passera au tuteur officieux. » N'est-ce pas dire que la tutelle, telle qu'elle était exercée par l'ancien tuteur, passera au tuteur officieux? Il y avait un subrogé tuteur, un conseil de famille; la subrogée tutelle continuera d'exister, et le conseil de famille interviendra dans les cas où la loi exige son autorisation. L'ancien tuteur était soumis à l'hypothèque légale; les biens du tuteur officieux seront aussi frappés d'hypothèque. Nous croyons qu'il y aurait lieu à l'hypothèque légale, alors même que le pupille aurait encore ses père et mère; le texte s'applique à tout tuteur, donc aussi au tuteur officieux (art. 2121, et loi hypothécaire belge, art. 47). De même, il y aurait lieu à la subrogée tutelle, puisque le tuteur officieux a en tout cas l'administration des biens pupillaires (2).

(1) Demolombe, t. VI, p. 188 et suiv., nos 233, 234.

(2) Comparez Marcadé, *Cours élémentaire*, t. II, p. 129, art. 370, n° 1.

241. La tutelle officieuse finit à la mort du tuteur. Nous avons dit quelle est, en ce cas, la position du pupille et quelles sont les obligations des héritiers du tuteur, s'il n'y a pas d'adoption.

La tutelle finit aussi à la majorité du pupille. Si le tuteur veut adopter son pupille, on suit les principes qui régissent l'adoption entre-vifs (art. 368). Si le tuteur ne manifeste pas l'intention d'adopter son pupille, celui-ci peut réclamer une indemnité, dans le cas où il ne serait pas en état de gagner sa vie. La loi semble subordonner ce droit à une condition : « Si, dit l'article 369, dans les trois mois qui suivront la majorité du pupille, les réquisitions par lui faites à son tuteur officieux, à fin d'adoption, sont restées sans effet. » Cela veut-il dire que le pupille est censé renoncer à l'indemnité, s'il laisse écouler trois mois sans faire de réquisition à son tuteur? C'est l'avis de Proudhon; cette opinion, bien que rigoureuse, doit être suivie, parce qu'elle s'appuie sur le texte et sur l'esprit de la loi. On ne voit pas pourquoi le législateur aurait fixé ce délai de trois mois, si le pupille pouvait toujours faire sa réquisition; tandis que l'on comprend très-bien qu'une indemnité fondée sur une incapacité de travailler soit réclamée de suite; aussi Cambacérés disait-il au conseil d'Etat que l'action du pupille devait se prescrire par un laps de temps fort court (1).

En quoi consiste l'indemnité que le pupille peut réclamer? L'article 369 dit qu'elle se résout en secours propres à lui procurer un métier. Cette disposition est assez étrange. Logiquement, il eût fallu décider que l'éducation que le tuteur avait commencée sera continuée. Si jusqu'à vingt et un ans le pupille a étudié le droit ou la médecine, lui dira-t-on à sa majorité : Vous allez devenir charpentier? Le texte paraît cependant formel. Mais ne pourrait-on pas dire que le code suppose que le tuteur n'a donné aucune éducation à son pupille, de sorte qu'à sa majorité *il ne se trouve point en état de gagner sa vie*? Dans cette supposi-

(1) Voyez les diverses opinions dans Demolombe, qui partage l'avis de Proudhon (t. VI, p. 197, n° 249).

tion, on comprend qu'à un enfant qui sera généralement pauvre, l'on donne de quoi apprendre un métier. Mais si l'éducation est commencée, nous ne sommes plus dans les termes de la loi; l'esprit du code, à défaut de texte, demande, en ce cas, que le pupille puisse poursuivre ses études.

L'indemnité est-elle toujours due? L'article 369 dit que le tuteur officieux *pourra* être condamné à indemniser le pupille de l'incapacité où celui-ci se trouverait de pourvoir à sa subsistance. Il résulte de là que les tribunaux peuvent ne pas accorder d'indemnité. C'est ce qu'ils feront si l'incapacité du pupille lui doit être imputée. Il va sans dire que le pupille ne pourra pas réclamer d'indemnité si c'est par son refus que l'adoption n'a pas lieu; car la loi ne lui accorde le droit d'en exiger que s'il a inutilement requis l'adoption.

SECTION II. — De la tutelle testamentaire.

242. Le tuteur officieux peut, après cinq ans révolus depuis la tutelle, et dans la prévoyance de son décès avant la majorité du pupille, lui conférer l'adoption par acte testamentaire (art. 366). C'est le but principal de la tutelle officieuse. Il va donc sans dire que le tuteur officieux peut seul faire une adoption par testament. On a soutenu que la reconnaissance d'un enfant naturel par son père équivaut à la tutelle officieuse, que par suite l'adoption testamentaire que ferait le père serait valable. C'est là une de ces opinions nouvelles qui tendent à faire un nouveau code civil. La cour de cassation l'a repoussée par le motif péremptoire que l'adoption est un acte solennel, et un acte solennel n'est valable que s'il est fait selon les conditions prescrites par la loi (1). Est-il nécessaire d'ajouter que la reconnaissance n'est pas une tutelle officieuse? La tutelle est un contrat qui exige un concours de consentement, tandis que la reconnaissance est un aveu de paternité. Il est vrai que cet aveu a des effets plus considérables que la

(1) Arrêt du 23 juin 1857 (Daloz, 1857, 1, 392).

tutelle; mais cela ne prouve qu'une chose, c'est que le législateur aurait pu permettre au père naturel d'adopter son enfant par testament, sans tutelle officieuse. C'est dire qu'il faudrait un changement dans la loi pour admettre cette adoption.

243. Quelles sont les conditions requises pour que le tuteur officieux puisse faire une adoption par testament? Il faut, dit l'article 366, que cinq ans soient révolus depuis la tutelle. Faut-il que ces cinq ans soient révolus au moment où le testament est dressé? Le texte paraît l'exiger, et la cour de cassation a jugé en ce sens (1). Mais est-il bien vrai que le texte soit aussi formel qu'on le dit? L'article 366 porte : « Si le tuteur officieux, après cinq ans révolus depuis la tutelle, confère l'adoption au pupille par acte testamentaire, cette disposition sera valable, pourvu que le tuteur ne laisse pas d'enfants légitimes. » Le législateur prévoit le cas le plus ordinaire. Cinq ans se sont passés depuis que la tutelle officieuse existe. Le tuteur devient malade, il prévoit qu'il mourra; il peut alors adopter son pupille par testament, dit la loi. Est-ce à dire qu'il ne le puisse pas avant que les cinq ans soient révolus? La condition essentielle que la loi exige, c'est que pendant cinq ans le tuteur ait donné des soins à son pupille; c'est la garantie d'une affection réciproque. Eh bien, cette condition est remplie quand, lors du décès du tuteur, cinq ans se sont écoulés depuis la tutelle.

Vainement objecte-t-on que l'adoptant doit être capable au moment où il fait l'adoption, c'est-à-dire lorsqu'il écrit son testament. Ici est, à notre avis, l'erreur de l'opinion consacrée par la cour de cassation. Elle a confondu la *capacité* de l'adoptant avec les *conditions* requises pour la validité de l'adoption. Certes l'adoptant doit être capable au moment où il fait le testament. Mais en quoi consiste cette capacité? Il doit être tuteur officieux, sain d'esprit, capable, en un mot, de disposer par testament. Mais faut-il aussi que les conditions requises pour la validité de l'adop-

(1) Arrêt du 26 novembre 1856 (Daloz, 1856, 1, 388). Les auteurs sont partagés (voyez Daloz, au mot *Adoption*, n° 242).